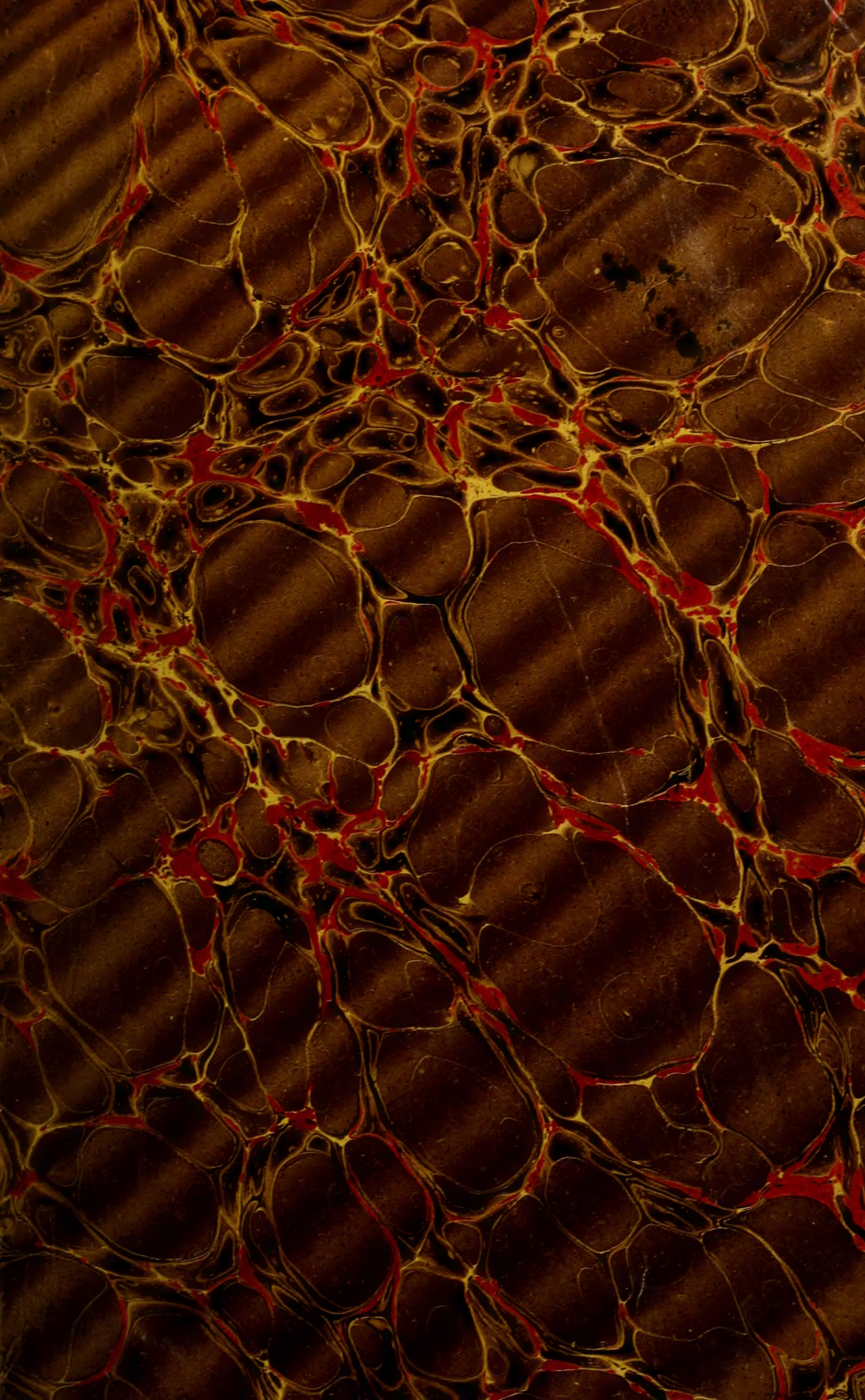



MAISON ABEL PILON & CIE
A. LE VASSEUR
CORE & SUCCR
EDITEUR PARIS
M. E. DANSEREAU
17 COTE ST LAMBERT
MONTREAL
AGENT POUR LE CANADA





COURS ANALYTIQUE

DE

CODE NAPOLÉON.

PARIS. — TYPOGRAPHIE HENRI PLON, IMPRIMEUR DE L'EMPEREUR,
rue Garancière, 8.

COURS ANALYTIQUE

DE

CODE NAPOLÉON

PAR

A. M. DEMANTE,

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
ANCIEN MEMBRE DES ASSEMBLÉES NATIONALES.

CONTINUÉ DEPUIS L'ARTICLE 980

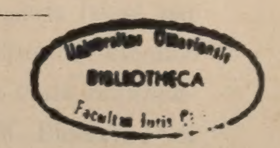
PAR

E. COLMET DE SANTERRE,

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE,
PROFESSEUR SUPPLÉANT A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

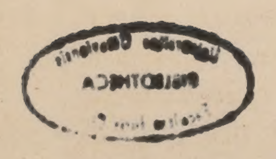
TOME QUATRIÈME.

ART. 893 — 1100.



PARIS,
HENRI PLON, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
RUE GARANCIÈRE, 8.

1858



PRÉFACE DU QUATRIÈME VOLUME.

M. Demante, en mourant, a laissé inachevé le *Cours analytique de Code Napoléon*. Les trois volumes déjà publiés et un demi-volume trouvé manuscrit dans les papiers de M. Demante, contiennent seulement l'explication des 980 premiers articles du Code Napoléon. J'ai accepté, non sans hésitation, la mission qui m'était offerte de continuer cet important ouvrage. J'ai dû, en effet, redouter pour mon œuvre une comparaison périlleuse avec celle d'un professeur éminent, d'un profond jurisconsulte; mais j'ai été déterminé par un sentiment de vive reconnaissance envers celui qui fut mon maître. Élève de M. Demante, je dois beaucoup à ses savantes leçons, et je crois acquitter une dette, en achevant l'ouvrage auquel il a attaché son nom. J'espère que la témérité de mon entreprise trouvera grâce en faveur du motif qui l'a inspirée.

Le volume que je publie aujourd'hui contient d'abord la reproduction textuelle du manuscrit laissé par M. Demante : à la deuxième moitié du volume commence la *continuation du Cours analytique*. Dans cette *continuation*, j'ai suivi le plan qu'avait adopté M. Demante, j'ai reproduit les paragraphes du *Programme du cours de droit civil français* publié par M. Demante, et sur chaque numéro du programme, j'ai donné les développements

qui m'ont paru nécessaires. Le plan du *Cours analytique de Code Napoléon* reste donc le même, l'exécution seule a changé. Puisse le lecteur ne pas regretter trop souvent que la plume soit tombée de la main du maître dans celle de l'élève !

E. COLMET DE SANTERRE.

Au n° 127 *bis*. V (p. 297) finit le manuscrit de M. DEMANTE; à partir du n° 128, toute la partie de l'ouvrage imprimée en petits caractères et portant les numéros *bis* appartient à M. COLMET DE SANTERRE; les numéros imprimés en caractères plus gros sont la reproduction du *programme du Cours de droit civil français*, par M. DEMANTE.

SOMMAIRES.

LIVRE III.

TITRE II.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

CHAPITRE II.

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT.

CHAPITRE III.

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE ET DE LA RÉDUCTION.

SECTION I.

De la portion de biens disponible.

SECTION II.

De la réduction des donations et legs.

CHAPITRE IV.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION I.

De la forme de la donation.

SECTION II.

Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

Section I.

Des règles générales sur la forme des testaments.

SECTION II.

Des règles particulières sur la forme de certains testaments.

Section III.

Des institutions d'héritier et des legs en général.

SECTION IV.

Du legs universel.

SECTION V.

Du legs à titre universel.

SECTION VI.

Des legs particuliers.

Section VII.

Des exécuteurs testamentaires.

Section VIII.

De la révocation des testaments et de leur caducité.

§ 1.

De la révocation des dispositions testamentaires.

§ 2.

De la caducité des dispositions testamentaires et du droit d'accroissement.

§ 3.

De la révocation encourue par le fait du légataire.

CHAPITRE VI.

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SOEURS.

CHAPITRE VII.

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE OU AUTRES ASCENDANTS ENTRE LEURS DESCENDANTS.

CHAPITRE VIII.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX ET AUX ENFANTS A NAITRE DU MARIAGE.

CHAPITRE IX.

DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

FIN DES SOMMAIRES.

COURS

ANALYTIQUE

DE CODE CIVIL.

LIVRE III.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

1. La seconde manière d'acquérir et de transmettre la propriété des biens est la donation (art. 711); et, sous ce nom, l'on comprend ici toute disposition gratuite qu'une personne fait librement de sa chose au profit d'une autre personne. La faculté, précieuse à l'homme, d'exercer sa libéralité envers les objets de son affection, a dû néanmoins, dans l'intérêt des familles et de l'ordre public, être restreinte dans de justes bornes. C'est d'après cette vue que le législateur a réglé les conditions, les formes et les effets des dispositions à titre gratuit.

1 *bis*. Sous le nom de *donation* l'article 711 comprend, à cause du caractère de libéralité qui leur est commun, et les donations proprement dites par lesquelles le propriétaire se dépouille de son vivant, et les dispositions à cause de mort par lesquelles il dépouille seulement ses héritiers. Les unes comme les autres sont évidemment contraires à l'intérêt des familles, au préjudice desquelles s'enrichiront ainsi des étrangers. A ce point de vue, on comprend que la loi en règle et limite la mesure, suivant la qualité plus ou moins favorable des héritiers qu'elle appelle. On comprend également que dans le but principalement de prévenir la suggestion et

la captation, armes que la cupidité et l'avidité savent si bien employer contre la faiblesse, la loi ait établi certaines incapacités de donner et de recevoir, et qu'elle prescrive, dans le même but, l'emploi de formes extérieures propres à assurer l'indépendance et la fermeté de la volonté. Le danger, du reste, existe surtout pour les dispositions à cause de mort, parce que le disposant alors ne s'imposant à lui-même aucun sacrifice, ne trouvera pas un frein dans son propre intérêt. Cette considération sert à expliquer la différence des formes auxquelles sont assujettis les deux modes de dispositions admis.

2. Il convient d'abord de poser les principes généraux sur le mode de disposer (chap. 1); de faire connaître ensuite par qui et envers qui les dispositions autorisées peuvent être faites (chap. 2); et de déterminer jusqu'à quel point elles peuvent déroger au système de succession établi par la loi (chap. 3). Le reste du titre traite, en particulier, des différents modes de disposer, soit dans les cas ordinaires (chap. 4 et 5), soit dans certains cas privilégiés (chap. 6, 7, 8 et 9).

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

3. La loi ne reconnaît, en général, que deux modes de disposer à titre gratuit : la donation entre-vifs, par laquelle le disposant se dépouille de son vivant, et le testament, par lequel il dépouille seulement ses héritiers. Elle établit des formes particulières à chacun de ces actes. V. art. 893.

3 *bis*. I. Deux propositions ressortent des termes de l'article 893 :

1° On ne peut disposer à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament;

2° On ne le peut qu'en employant les formes spécialement établies.

En outre, chacun de ces actes ayant sa nature, son caractère et ses conditions propres, les deux propositions en renferment une

troisième, à savoir : qu'on ne peut emprunter, pour faire l'une des deux dispositions, les formes de l'autre.

Telle est bien, réellement, la règle générale; mais elle est loin d'être aussi absolue que sembleraient l'indiquer les termes dans lesquels elle est proclamée.

Nous allons démontrer en effet qu'il y a des libéralités permises, et par conséquent efficaces, sans l'emploi des formes indiquées. Et nous verrons également que la loi elle-même, dans des cas exceptionnels, autorise formellement à faire *entre-vifs*, en observant, plus ou moins rigoureusement, les formes établies pour ces sortes de donations, des dispositions qui, si elles ne se confondent point absolument dans leurs effets avec des donations à cause de mort, s'en rapprochent du moins beaucoup. Quoi qu'il en soit, il importe de constater ici préalablement que la formule limitative de notre article, empruntée à l'article 3 de l'ordonnance de 1731, tend principalement à consacrer l'exclusion donnée par le législateur précédent aux *donations à cause de mort,* dispositions usitées dans le droit romain, et qui, équivalant dans leurs effets à des dispositions de dernière volonté, puisqu'elles ne devenaient irrévocables qu'à la mort, se passaient cependant entre-vifs et en l'absence des garanties offertes par la solennité des testaments. Cette pensée est bien manifeste chez le législateur de 1731, qui commence par soumettre ces sortes de donations aux formes des testaments et arrive, ainsi comme conclusion, à sa formule limitative.

3 *bis*. II. Je dis d'abord qu'il y a des libéralités valables sans l'emploi des formes prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments, et je cite en premier lieu les dons manuels d'objets corporels mobiliers, qui s'effectuent par la simple tradition faite avec intention de gratifier. Leur validité, qui n'a jamais été mise en doute sous l'empire de l'ordonnance de 1731, type des dispositions de notre Code sur la forme des donations, n'est pas moins incontestable aujourd'hui. La loi elle-même en reconnaît l'existence dans l'article 852, qui affranchit du rapport les présents d'usage; et quant aux autres dons manuels auxquels ne s'appliqueraient ni cette dénomination ni cette dispense, on peut en voir la consécration dans l'article 868, qui suppose que du mobilier aura été donné sans l'estimation prescrite par l'article 948, supposition difficilement admissible s'il avait été fait un acte devant notaire.

Cet effet accordé à la tradition réelle est d'ailleurs en parfaite harmonie avec le rôle important que joue dans notre législation la possession des meubles (v. art. 1141, 2279), et l'on conçoit, au surplus, que le donataire mis en possession n'ayant aucune action à exercer contre le donateur qui a déjà exécuté, et n'ayant point d'ailleurs de contestation à craindre de la part des tiers, contre lesquels sa seule possession suffit pour le défendre, n'a pas besoin, sous ce rapport, d'un titre écrit; ce titre n'est pas non plus nécessaire pour assurer l'irrévocabilité et l'actualité du dépouillement. Quant au danger des surprises et des obsessions que l'acte notarié tendrait à prévenir, le législateur a pu ici ne pas s'en préoccuper à cause du peu d'importance qu'il attache en général à la propriété des meubles. Enfin, il est certain qu'on ne pouvait sans contrarier les mœurs et les habitudes, disons-le, sans violer les principes du droit naturel, interdire absolument toute espèce de don manuel; on eût pu seulement fixer à cet égard une limite prise dans la valeur. Mais cette limite n'existant pas, il faut conclure de ce qu'ils ne sont pas tous défendus, qu'ils sont tous permis.

3 *bis*. III. La remise gratuite d'une dette est bien encore une libéralité, qui pourrait, comme telle, aussi bien que les dons manuels, être sujette à rapport ou à réduction. Mais la loi, en comprenant purement et simplement cet acte au nombre des manières d'éteindre les obligations (art. 1234), et en n'indiquant pour lui d'autre condition d'existence que la volonté de l'opérer, montre assez qu'elle n'entend l'assujettir à aucune condition de forme; tout ce qu'il faut, c'est une convention entre le créancier et le débiteur (v. art. 1285, 1287), et cette convention même n'a pas besoin d'être expresse, elle résulterait suffisamment du fait matériel de remise du titre ou de la grosse du titre (art. 1282, 1283). Cela du reste peut s'expliquer par la faveur attachée à la libération. A plus forte raison, ne doit-on pas considérer comme soumises aux formes des donations les renonciations à un droit quelconque, renonciations qui peuvent bien avoir pour effet, mais qui ne sont pas censées avoir pour but d'enrichir les personnes appelées par la loi à en profiter.

3 *bis*. IV. Les stipulations au profit d'un tiers faites dans les termes de l'article 1121 peuvent certainement bien aussi constituer pour ce tiers une véritable libéralité, mais comme cette libéralité n'est

qu'un accessoire de la convention principale passée entre les parties, c'est la nature de cette convention qui seule doit déterminer la forme à suivre pour la perfection de l'acte, y compris l'accessoire qu'il renferme. Et quelle que doive être d'ailleurs cette forme, tout ce que la loi exige de la part du tiers pour qu'il s'approprie le bénéfice qui lui est ainsi offert, c'est qu'il déclare vouloir en profiter, exigence qui n'a rien de commun avec celle de l'acceptation expresse prescrite pour la donation entre-vifs par l'article 932. Ces principes, au reste, sont appliqués par la loi elle-même dans l'article 1973, pour le cas où une rente viagère est constituée au profit d'un tiers et où le prix en est fourni par une autre personne. Le législateur, en effet, voit bien là, avec raison, une libéralité sujette, comme toute autre, aux règles de capacité et de disponibilité, mais affranchie des règles de forme. Il est bien clair, au surplus, que cette application particulière ne saurait être considérée comme limitative, et que la règle serait la même pour toutes les libéralités qui seraient faites suivant le mode autorisé par l'article 1121.

3 *bis*. V. Le principe qui règle par la nature et l'objet principal de l'acte les formes à suivre pour sa perfection affranchit évidemment des formes de la donation les libéralités qui peuvent être contenues dans un contrat à titre onéreux : comme si par exemple une vente avait été consentie à bas prix dans le but de gratifier l'acheteur, ou si, dans le même but, l'acte contenait une remise partielle du prix. Cela paraît sans difficulté si l'intention de gratifier a été ou formellement annoncée, ou au moins non dissimulée. Mais si la libéralité est déguisée, il y a certainement danger à admettre la même solution. Car ce déguisement pourra servir à éluder les règles spéciales de capacité ou de disponibilité établies pour les dispositions à titre gratuit (v. art. 901, 910, 913, 915), et à soustraire de véritables donations à la révocation qui devrait leur être appliquée dans les cas que la loi détermine (v. art. 953). Non que l'affranchissement des formes, en le supposant admis pour les dons déguisés, dût emporter affranchissement de ces règles de fond. Mais il n'en reste point moins vrai que le déguisement servirait souvent à les éluder, parce que la vérité pourrait n'être point découverte, et que le déguisement tend précisément à l'empêcher de se faire jour. Contre cet abus il n'y aurait qu'un remède efficace, ce serait l'annulation du don déguisé reconnu tel, dans les

cas mêmes où l'emploi de la voie directe eût permis de faire valablement la libéralité. Par ce moyen, celui qui emploierait la voie détournée pour faire des avantages excessifs ou pour avantager une personne d'une capacité restreinte ou douteuse, aurait au moins une chance contre lui, puisqu'il s'exposerait à voir annuler en entier le don qu'il pouvait faire dans une certaine mesure, et à le voir annuler lors même que le donataire, dont la capacité était mise en doute, parviendrait à la faire reconnaître. Ce système certainement serait très-moral et peut-être serait-il préférable en législation, mais, en droit, il manque de base. En effet, la simulation n'est répréhensible, dans le for extérieur, qu'autant qu'elle est frauduleuse, et dès lors il n'est permis d'en arguer qu'autant qu'elle cacherait une fraude à la loi. Or, si l'on admet une fois qu'une libéralité contenue dans un acte à titre onéreux n'est pas assujettie à d'autres règles de forme que l'acte principal qui la contient, la dissimulation de cette libéralité ne fait nullement fraude au prescrit de l'article 893. Si donc une libéralité de ce genre est faite par une personne capable à une personne également capable, et n'excède pas la mesure légale, il faut bien reconnaître qu'elle ne fait fraude à aucune loi, et doit conséquemment demeurer inattaquable. La preuve, au reste, que la loi n'entend pas annuler indistinctement tout don déguisé, se tire des articles 911 et 1099, qui n'appliquent la nullité qu'aux dons faits à une personne incapable. La même induction se tirerait encore de diverses dispositions où, considérant ou semblant considérer comme libéralités déguisées des actes qui en apparence n'ont point ce caractère, la loi leur accorde effet dans une certaine mesure, et n'attribue qu'à certaines personnes le droit de les faire réduire à cette mesure. (V. art. 918, 1496, 1527; v. aussi art. 847, 849.)

3 *bis*. VI. J'ai raisonné, jusqu'à présent, dans l'hypothèse d'une libéralité déguisée dans un acte valable, qui, n'étant assujetti par sa nature à aucune forme spéciale, fait participer à cette dispense de formes la libéralité qu'il renferme. Dans cette hypothèse je dis sans hésiter, avec la jurisprudence, qu'on peut donner indirectement tout ce qu'on pourrait donner directement. Mais la jurisprudence me paraît aller bien loin, quand, posant cette règle en principe, elle l'applique au cas où la libéralité est déguisée, non pas dans un contrat à titre onéreux, mais sous *la simple apparence* d'un con-

trat à titre onéreux. Alors, en effet, je ne vois pas comment on peut échapper à la règle de l'article 893 ; car, puisque réellement on n'a pas contracté à titre onéreux, il reste vrai qu'on n'a fait ou voulu faire qu'une donation, et que cette donation ne doit point valoir en l'absence des formes prescrites. Vainement dirait-on que l'apparence du contrat dispensé de ces formes ne peut tomber que par l'effet d'une action en simulation, et que cette action doit être refusée, parce qu'il n'y a pas fraude, quand le prétendu don indirect pouvait être fait directement. C'est une pure pétition de principe; et je soutiens au contraire qu'en déguisant la donation sous la fausse apparence d'un autre contrat, on a fait fraude à l'article 893, qu'il y a donc simulation frauduleuse, et que toute personne intéressée doit être recevable à faire preuve de cette simulation, à découvrir aussi la donation et à la faire annuler pour défaut de forme. Je reprends mon raisonnement et je dis : Tout acte qui a pour objet principal de constituer une donation, ou, si on l'aime mieux, d'obliger à titre de donation, doit, à peine de nullité, être fait dans les formes prescrites par les articles 931 et 932; tout acte, de quelque manière qu'il soit qualifié, s'il a pour objet une aliénation ou une obligation gratuite, est effectivement une donation. Donc cet acte est compris dans la règle générale, nonobstant la fausse apparence dont il est revêtu, et par conséquent l'absence des formes requises doit le rendre nul. En effet, si la simulation n'empèche par la libéralité de valoir quand elle est contenue dans un acte régulier, elle ne peut avoir pour effet de rendre régulier l'acte qui, eu égard à son objet et à sa nature véritables, manque des formes essentielles à sa constitution. Telle était au surplus la doctrine de Pothier qui, refusant le caractère de vente à un acte qualifié tel, sans un prix sérieux, déclare que c'est une donation faussement qualifiée, *laquelle,* dit-il, *doit être sujette à toutes les formalités des donations* (1). Tandis qu'au contraire, le même Pothier, supposant un vendeur *qui a voulu gratifier l'acheteur en consentant que le prix fût accordé à une somme au-dessous de la valeur,* décide avec la loi 38 *ff. de contrah. vend.,* que le contrat est un vrai contrat de vente, et donne assez à entendre par là qu'il n'entend point l'assujettir aux formalités des donations (2).

(1) V. Pothier, *Contrat de vente*, n° 19.
(2) *Ibid.*, n° 21.

Cette distinction entre le contrat à titre onéreux mélangé de donation, et la donation portant seulement l'apparence d'un contrat à titre onéreux, me paraît de nature à trancher la longue et vive controverse qui a longtemps existé dans la jurisprudence, et qui existe encore dans la doctrine sur les dons déguisés. Car d'une part, elle laisse dans toute leur force les arguments tirés des articles 911, 1099, 918, sur lesquels s'est appuyée, avec raison, la jurisprudence pour déclarer la validité de ces sortes de dons ; et d'autre part, elle laisse à l'article 893 une application raisonnable et n'en fait plus une arme dérisoire, puissante seulement contre ceux qui agiraient franchement, et impuissante contre le mensonge. Si l'on ne s'attache point à cette idée, et qu'on admette d'une manière absolue qu'il est permis de donner indirectement, en se couvrant d'une fausse apparence, tout ce qu'on pourrait donner directement, il s'ensuivra qu'on peut toujours faire une donation sous la forme d'un prêt, et l'on sera conduit à décider, comme l'a fait déjà, une fois à ma connaissance, la cour de cassation (1), qu'un simple billet causé *valeur reçue* suffit pour constituer une donation. Si cela passe en doctrine, je ne sais qui serait tenté à l'avenir de se soumettre, pour faire une donation de quantité, au prescrit des articles 931 et 932.

3 *bis*. VII. Nous verrons, aux chapitres 8 et 9, que la loi elle-même autorise, dans les contrats de mariage ou entre époux pendant le mariage, des donations qui, sans l'emploi des formes prescrites pour les testaments, se rapprochent plus ou moins de la nature des anciennes donations à cause de mort, et dont quelques-unes même paraissent presque entièrement se confondre avec elles. (V. notamment art. 1086, 1096.) Toutefois, nous aurons à nous demander alors si, dans aucun cas, il y a complète assimilation. Mais nous n'avons pas à nous occuper ici de ces dispositions exceptionnelles, il nous suffit d'en constater l'existence.

3 *bis*. VIII. Pour ce qui est des cas ordinaires, la loi, comme nous l'avons vu, n'admet pas comme troisième mode de disposer la donation à cause de mort. Cela revient à dire qu'on ne peut en général disposer à cause de mort que par testament. Telle était bien aussi la pensée de l'ordonnance de 1731 qui, en commençant par soumettre aux formes des testaments les donations à cause de

(1) C. C., Rej., Req., 25 février 1836 (P. t. 105, p. 486).

mort, en conclut qu'il n'y aura plus à l'avenir que *deux formes de disposer*. (Ord. de 1731, art. 3.) Du reste cette soumission aux formes des testaments emporte en elle-même défense de l'intervention du donataire dans l'acte qui le gratifie, car, à la différence de la donation proprement dite qui doit être acceptée, le testament, au contraire, doit être l'expression de la seule volonté du disposant. Il ne faudrait donc pas dire, sous prétexte que les donations à cause de mort n'étaient pas absolument défendues, mais seulement soumises aux formes des testaments, qu'on eût pu sous l'ordonnance, ni que l'on pût aujourd'hui, faire intervenir le gratifié dans l'acte pour accepter. La vérité est que soumettre les donations à cause de mort aux formes des testaments, c'est véritablement les proscrire, en ce sens que, s'il reste permis de disposer à cause de mort, il n'est plus permis de le faire par *donation* proprement dite.

4. Les caractères propres à la donation entre-vifs sont le dépouillement actuel et irrévocable du donateur et l'acceptation du donataire. V. art. 894. Cet acte, n'étant donc parfait que par le concours de deux volontés, est un véritable contrat (v. art. 1101); toutefois c'est à dessein que le législateur a évité l'emploi de cette expression.

4 *bis*. I. C'est à dessein que dans la définition de la donation entre-vifs le mot *acte* a été substitué à celui de *contrat*, qui se trouvait dans le projet de la commission du gouvernement et dans la rédaction proposée par la section de législation. Cette substitution fut amenée par une observation du premier consul qui, partant de l'idée que *le contrat impose des charges mutuelles*, en conclut que cette expression ne pouvait convenir à la donation (1). La base de la critique était au moins fort contestable, car il y a des contrats unilatéraux et, qui plus est, des contrats de bienfaisance; or, rien n'empêchait de comprendre la donation dans ces deux catégories. Ce qu'il y a de certain, c'est que la définition très-exacte que la loi donne des contrats dans l'article 1101 pourrait parfaitement s'appliquer à la donation, puisque la donation exige pour sa per-

(1) Procès-verbal du Conseil d'État, séance du 7 pluv. an XI (Fenet, tom. 12, p. 261).

fection le concours de deux volontés, et qu'elle a pour effet d'obliger le donateur envers le donataire. Quoi qu'il en soit, on a, je crois, bien fait d'éviter dans la définition l'emploi du mot *contrat;* ce mot, en effet, effacerait trop par sa généralité le caractère propre de la donation, qui consiste dans le dépouillement, l'appauvrissement d'une personne au profit d'une autre. Le mot *acte*, il est vrai, est plus général encore; mais précisément parce qu'il est vague et n'a rien de précis, il fait chercher dans les autres termes de la définition l'idée principale qui, comme je l'ai dit, est celle de dépouillement pour enrichir autrui. Au reste, comme, en vue précisément de son caractère principal, l'*acte* de donation est soumis à des règles et à des conditions toutes spéciales, il importait de le dégager dès l'abord des règles ordinaires des contrats, et de nous prévenir ainsi qu'aucune de ces règles ne l'ayant directement en vue, ce n'est qu'avec une grande circonspection, et comme par analogie, qu'il est permis à la doctrine de lui en faire l'application.

4 *bis*. II. L'actualité et l'irrévocabilité du dépouillement, indiquées ici comme caractère essentiel de la donation entre-vifs, le sont principalement par opposition au testament défini dans l'article suivant. Mais précisément pour qu'on ne puisse point, à l'aide de clauses habilement conçues, déguiser sous le nom et sous la forme de donation entre-vifs des dispositions qui, n'ayant pour but et pour effet véritables que le dépouillement des héritiers, ne sont permises que dans la forme des testaments, la loi a établi diverses règles d'application qui impriment à la donation un caractère spécial d'actualité et d'irrévocabilité, et qui la distinguent essentiellement, sous ce rapport, des aliénations à titre onéreux et des contrats ordinaires. (V. notamment art. 943-946.)

4 *bis*. III. Pour qu'il y ait dépouillement il n'est pas nécessaire qu'il y ait une transmission de propriété. Ce qu'il faut, mais ce qui suffit, c'est que le donateur s'appauvrisse pour enrichir le donataire, et que cet effet soit indépendant d'un acte ultérieur de sa volonté. Peu importe d'ailleurs que l'appauvrissement consiste dans une aliénation, soit en pleine propriété, soit en usufruit, soit en nue propriété, ou qu'il consiste simplement en une obligation; peu importe même que l'aliénation ou l'obligation soit pure et simple ou subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire, pourvu que la condition ne dépende pas de la volonté du dona-



teur. A plus forte raison, le terme qui ne suspend que l'exécution ne fait-il point obstacle au dépouillement actuel. D'après ces principes, il est indubitable qu'une donation entre-vifs peut consister dans une somme payable plus tard, ne fût-ce même qu'à la mort du donateur. Car du moment que l'acte sera parfait, le donateur sera constitué débiteur, et laissera sa succession grevée de cette dette. Vainement opposerait-on que le donateur reste maître alors d'altérer l'efficacité de la donation en se rendant insolvable. Cela est vrai, mais cela ne fait rien, car l'insolvabilité même n'empêchera pas la dette d'exister.

5. Le testament est la manifestation légale de la volonté du disposant pour la transmission de ses biens après sa mort. Il peut dans notre droit ne comprendre qu'une partie des biens. Œuvre d'une seule volonté, le testament ne saurait lier celui qui l'a fait; celui-ci reste donc maître de le révoquer. Aussi le testament ne confère-t-il aux institués aucun droit actuel. V. art. 895.

5 *bis*. I. Chez les Romains, le testament consistait principalement et essentiellement dans une institution d'héritier, emportant disposition de l'universalité des biens; c'est ce qui distinguait surtout le testament du codicille. Mais cette règle, suivie autrefois en France dans les pays de droit écrit, ne l'était point dans les pays coutumiers, où l'on ne reconnaissait même pas à la volonté de l'homme le pouvoir de faire un héritier. Là le testament n'était qu'une disposition des biens, pouvant, il est vrai, les comprendre tous, sans collation du titre d'héritier; mais pouvant aussi n'en comprendre qu'une partie. Notre législateur, dans sa définition, montre bien qu'il n'exige pas l'institution d'héritier. Mais nous aurons à examiner plus tard s'il ne la permet pas, et s'il ne s'éloigne pas sous ce rapport des principes du droit coutumier (conf., art. 1002, 1003, 1006).

5 *bis*. II. La révocabilité est de l'essence des actes de dernière volonté, on l'a toujours appliquée aux testaments et aux codicilles. Nous verrons au reste que l'on peut, en se conformant aux règles établies, ou révoquer le testament en entier ou en révoquer seulement quelques dispositions. Ajoutons, ce qui n'eût pas été vrai en

droit romain, que les règles aujourd'hui sont les mêmes, soit pour la révocation totale, soit pour la révocation partielle. (V. ci-dessous, ch. V, sect. VIII.)

6. La faculté accordée au propriétaire de disposer de ses biens pour le temps même où sa propriété aura cessé ne va pas jusqu'à lui attribuer le droit de régler ultérieurement la transmission des biens une fois recueillis par le donataire ou légataire. En d'autres termes, le droit d'instituer un héritier ou successeur n'emporte pas celui de donner un successeur à celui-ci. Telle était bien, en principe, la disposition du droit romain ; mais l'introduction des fidéicommis dans la législation fournit bientôt le moyen de faire indirectement ce qu'on ne pouvait faire directement. Ainsi s'établirent les substitutions fidéicommissaires, admises en France avant la révolution. Ces dispositions, déjà proscrites par la loi du 14 novembre 1792, l'ont été de nouveau par le législateur du Code civil, qui n'y a vu qu'une source de procès, une entrave à la circulation des biens, et un moyen de frauder les créanciers. V. art. 896, al. 1.

6 *bis*. Dans le sens propre du mot, une substitution est une *sous-institution,* et les Romains appelaient ainsi une institution d'héritier subordonnée à une autre institution. Soit que le testateur, après avoir institué un héritier, en institue un autre pour le cas où le premier ne recueillerait pas : c'est la substitution vulgaire; soit qu'en vertu de sa puissance paternelle, le père de famille, prévoyant le cas où l'enfant sous sa puissance viendrait à mourir après lui, avant l'âge où il lui serait permis de tester, instituât pour cette hypothèse, dans son propre testament, un héritier pour cet enfant : c'est la substitution pupillaire. Plus tard, à l'exemple de celle-ci fut autorisée, sous certaines conditions (1), la substitution dite *exemplaire* ou *quasi-pupillaire,* par laquelle un ascendant de l'un ou de l'autre sexe instituait un héritier à son descendant en démence, pour le cas où celui-ci mourrait sans avoir recouvré la raison. On le voit, dans toutes ces hypothèses, la substi-

(1) V. Justin., L. 9, Cod. *De imp. et al. subst.*

tution était essentiellement une institution d'héritier que le testateur faisait pour lui-même ou pour l'enfant ou descendant dont il lui était permis de faire le testament; et, dans toutes, quoique à des points de vue différents, l'institution était subordonnée à une première institution que le testateur faisait pour lui-même. A l'égard des fidéicommis dont il était permis de grever celui que l'on gratifiait, en le chargeant de rendre immédiatement ou à une époque déterminée (*putà* à la mort du grevé) tout ou partie de ce que celui-ci avait recueilli, ce n'étaient point des substitutions; car, soit qu'ils s'appliquassent à l'hérédité pour le tout ou pour une quote-part, soit qu'ils eussent seulement pour objet des biens particuliers, ce n'étaient point des *institutions* dans le sens propre du mot. Et toutefois, les textes du droit romain eux-mêmes les ont quelquefois comprises improprement sous cette dénomination. (V. *Paul.*, L. 87, § 2, ff. *de legat.* 2°; v. aussi *Diocl. et Max.*, L. 16, Cod. *de pact.; Just.*, L. 3, § 2, Cod., *comm. de legat.*) Ce langage impropre s'était vulgarisé dans notre ancienne jurisprudence, où l'on appelait substitutions fidéicommissaires, ou simplement substitutions, les dispositions qui imposaient à un premier gratifié la charge de restituer après un certain temps tout ou partie de ce qui lui avait été donné ou laissé, à titre universel ou particulier. Ainsi détourné de son sens étymologique, le mot substitution fut également appliqué, sous le nom de substitution vulgaire, aux dispositions par lesquelles une personne était appelée à recueillir à titre universel ou particulier, pour le cas où un autre ne recueillerait pas. En ce sens la substitution vulgaire était admise partout. Quant aux substitutions pupillaire ou quasi-pupillaire, elles n'étaient reçues qu'en pays de droit écrit; et là, bien entendu, elles s'appliquaient à la succession entière de l'impubère ou du dément pour lequel l'ascendant avait testé. Partout ailleurs elles ne pouvaient valoir que comme substitutions fidéicommissaires, ce qui en bornait l'effet aux biens donnés ou laissés d'abord au grevé par le disposant.

Quoi qu'il en soit, c'est évidemment aux substitutions dites fidéicommissaires que s'applique la prohibition de l'art. 896. En effet, la loi en affranchit formellement la substitution vulgaire, qu'elle ne veut pas même appeler de ce nom. (V. art. 898.) Et quant aux substitutions pupillaire ou quasi-pupillaire, il n'était

pas besoin de les proscrire, car elles reposaient sur un principe étranger à notre droit, et il eût fallu un texte formel pour donner à une personne le droit de faire le testament d'autrui.

7. Les substitutions auxquelles s'applique la prohibition emportent en général charge de conserver ou de rendre, c'est à ce point de vue qu'elles entraînent les inconvénients qui en motivent, sinon uniquement, au moins principalement, la proscription. Il suffisait, au reste, pour faire disparaître ces inconvénients, d'annuler la charge comme condition contraire aux lois, réputée comme telle non écrite. V. art. 900. Mais 1° parce que cette charge est très-souvent, dans la pensée du disposant, la cause principale du don fait au grevé, et que, sous ce rapport, il eût paru inique de laisser celui-ci profiter du don en l'affranchissant de la charge; 2° pour mieux détourner ceux qui, comptant à tort ou raison sur la foi du grevé, auraient été tentés de faire des substitutions, tout en connaissant leur inefficacité : notre législateur, allant à cet égard plus loin que celui de 1792, étend sa proscription à la disposition tout entière; c'est en ce sens qu'il la déclare nulle, *même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire*. V. art. 896, al. 2.

7 *bis*. On avait d'abord cherché à interpréter autrement les termes de l'article, en n'appliquant qu'à la disposition secondaire qui crée la charge la nullité prononcée contre la disposition *par laquelle* le gratifié, quel que soit son titre, *est chargé* de conserver et de rendre. Dans ce système, ces mots *même à l'égard*, etc., n'auraient voulu dire autre chose si ce n'est que le droit d'invoquer la nullité n'appartiendrait pas seulement aux créanciers ou acquéreurs du grevé, mais au grevé lui-même, ou, bien entendu, à ses héritiers (1). Mais cette interprétation, qui tendrait à faire dire à la loi une puérilité, ne pouvait évidemment prévaloir : et c'est depuis longtemps un point incontesté, et suffisamment justifié d'ailleurs par les motifs ci-dessus indiqués, que la nullité porte sur la disposition tout entière, c'est-à-dire que la nullité de la substitution entraîne celle de la disposition principale.

(1) V. Paris, 7 thermidor an XII (P. tom. 10, p. 60).

8. Il importe ici de remarquer que l'article 896 contient deux propositions distinctes : 1° prohibition des substitutions ; 2° annulation dans son entier de la disposition qui charge de conserver et de rendre. La seconde règle se réfère à la première ; elle tend à la fortifier en l'étendant, mais non à en restreindre l'application. Si donc on peut concevoir des substitutions sans charge de conserver, elles n'en seront pas moins prohibées. Seulement la seconde règle alors ne sera pas applicable ; l'institution ne sera pas viciée ; et la prohibition aboutira seulement à exclure le droit des appelés ; c'est en effet leur vocation qui constitue proprement la substitution.

8 *bis*. Cette doctrine, je le sais, s'éloigne de la doctrine vulgaire qui, dans l'embarras de définir la substitution prohibée, a cherché cette définition dans la seconde partie de notre article, et n'a voulu voir dès lors de substitution que dans une disposition à la charge de conserver et de rendre. Mais on doit d'abord convenir avec moi que rien dans la loi n'indique cette intention restrictive, et que l'économie de l'article semble plus favorable à ma manière de l'interpréter. Maintenant j'avoue que c'est en effet la charge de conserver et de rendre qui produit les principaux inconvénients dont le législateur s'est effrayé quand il a prohibé les substitutions ; mais ce que je nie, c'est que la considération de ces inconvénients soit le seul motif de la prohibition, qui me paraît aussi reposer sur cette idée que le pouvoir de disposer de ses biens et de régler sa propre succession n'emporte pas celui de régler la succession de son successeur ; et cela quand même on ne disposerait ainsi que subsidiairement, et pour le cas où celui-ci ne forme pas lui-même d'autres dispositions. De là je conclus que la prohibition des substitutions s'appliquerait au fidéicommis *de eo quod supererit*. Seulement ce fidéicommis n'annulerait pas l'institution ou le legs qui en serait grevé.

9. Quant à la seconde règle, elle n'est, comme on l'a vu, qu'un appendice à la prohibition des substitutions, et elle ne peut recevoir d'application que dans le cas de substitution prohibée. Ainsi il faut bien reconnaître que la charge éventuelle de rendre et de conserver pour cette restitution existe

virtuellement pour tout propriétaire soumis à une condition résolutoire; et néanmoins les inconvénients attachés à cette charge n'empêchent pas qu'on ne puisse avec effet subordonner à une condition de ce genre une donation, un legs ou une aliénation quelconque.

10. On le voit donc, pour appliquer sainement les deux règles contenues en l'article 896, ce qu'il faut avant tout, c'est de déterminer aussi précisément que possible les caractères de la substitution prohibée.

A cet égard, il faut savoir que trois caractères ont toujours été reconnus nécessaires pour constituer une substitution fidéicommissaire, savoir : *deux dispositions*, ou au moins deux transmissions, l'une au profit du grevé, l'autre au profit des appelés : *le trait de temps,* c'est-à-dire l'intervalle qui doit s'écouler depuis la première transmission jusqu'à la restitution, intervalle pendant lequel la propriété appartient au grevé, et fait sur sa tête une impression ineffaçable; enfin *l'éventualité*, résultant de l'incertitude de l'existence et de la capacité des appelés à l'époque fixée pour la restitution.

En outre, on tient généralement pour quatrième caractère constitutif de la substitution prohibée l'ouverture à la mort du grevé.

Concluons qu'en l'absence d'un de ces caractères, la prohibition ne s'applique pas.

10 *bis*. I. Le premier caractère constitutif de la substitution consiste en ce qu'une même chose soit transmise *successivement* à plusieurs personnes par l'effet d'une même volonté. Mais faut-il pour cela que la première transmission ait lieu par l'effet de la volonté expresse du disposant, et ne suffira-t-il pas au contraire qu'elle se soit opérée par la simple vocation de la loi, que le disposant, maitre de l'empêcher, a laissée s'accomplir? A cet égard, on a toujours admis que l'héritier *ab intestat* pouvait, aussi bien que l'héritier institué ou le légataire, être grevé d'nn fidéicommis (v. *Just.*, Inst., § 10, *De fideicom. hered.*), et l'on ne voit pas pourquoi ce fidéicommis n'aurait pas, comme tout autre, constitué ce que l'on appelait une substitution fidéicommissaire. Aussi l'ordon-

nance des substitutions, en réglant dans son titre 2 les obligations des grevés, met-elle à cet égard, constamment sur la même ligne, l'héritier *institué ou légitime* (V. ord., tit. II, art. 1 et 2). Concluons de là, sans difficulté, que la charge de rendre, imposée à l'héritier légitime, s'il y a d'ailleurs réunion des caractères constitutifs de la substitution, sera comprise dans la prohibition contenue au premier paragraphe de l'art. 896; mais bien entendu que le second paragraphe, qui, à dessein sans doute, ne comprend dans ses termes que *le donataire, l'héritier institué ou le légataire*, ne sera pas alors applicable, et que la nullité de la substitution, loin de détruire l'effet de la vocation légale, aboutira uniquement au contraire à l'affranchir de la charge.

10 *bis*. II. Il n'y a aucune difficulté à reconnaître la double transmission, lorsqu'un successeur particulier est chargé de rendre en tout ou en partie l'objet même qu'il a reçu, ou lorsqu'un successeur universel ou à titre universel est chargé de rendre l'universalité ou une quote-part. Mais la double transmission successive existe également si le successeur universel est chargé de rendre un ou plusieurs objets certains, ou si le successeur quelconque est chargé de fournir une chose *de genre*, ou de payer une somme ou une quantité. Dans tous ces cas, en effet, la seconde disposition porte, ou sur la chose même déjà une première fois transmise, ou sur une partie de cette chose (partie aliquote ou partie intégrante, peu importe), ou sur une valeur qu'elle renfermait. Tout ce qu'on pourrait prétendre, lorsque la charge a pour objet un genre ou une quantité, c'est qu'il n'y a pas charge de conserver, ce qui exclurait l'application du deuxième paragraphe de l'art. 896. Mais cette prétention même serait mal fondée, car si la charge était valablement imposée, le premier successeur, en vue d'assurer la seconde transmission, serait assujetti à faire immédiatement emploi (V. art. 1065 et 1066).

10 *bis*. III. La double transmission ne serait qu'apparente, si la seconde n'était pas séparée de la première par un *trait de temps*. Si donc la restitution devait être immédiate, il pourrait bien y avoir un fidéicommis, qui dans notre droit se confondrait entièrement avec un legs; mais il n'y aurait pas substitution fidéicommissaire. Là s'appliquerait la règle de l'art. 1014, qui fait passer, *recta via*, le droit au légataire sous la seule obligation d'obtenir la délivrance.

Lors même que la restitution ne devrait pas être immédiate, soit qu'on la suppose différée par un terme ou suspendue par une condition, il peut n'y avoir pas proprement *trait de temps;* car le terme n'empêcherait pas la propriété de passer immédiatement au légataire ou fidéicommissaire, et quant à la condition, l'effet rétroactif attaché à son accomplissement ferait remonter au jour du décès du testateur la propriété du légataire en effaçant celle de l'héritier grevé. Au contraire, dans la substitution, le trait de temps est réel; car le droit des appelés ne doit effectivement commencer qu'à l'époque fixée pour son ouverture, et il n'y a pas de fiction qui efface pour le temps intermédiaire la propriété du grevé. Ce qui le démontre, c'est que les appelés pourraient n'être pas même conçus au moment de la première transmission; or, il serait absolument impossible de faire remonter leur droit à une époque précédant leur existence.

10 *bis.* IV. L'ouverture du droit des appelés étant nécessairement subordonnée à leur existence et à leur capacité au temps fixé, et les biens transmis au grevé devant demeurer libres dans ses mains, quand cette condition vient à manquer, il en résulte pour la substitution le caractère essentiel *d'éventualité.* Ce caractère manquerait non-seulement si la restitution devait être immédiate, mais encore si elle devait avoir lieu après un terme fixe; puisque, ainsi qu'on l'a dit, ce terme n'empêcherait pas que le droit de fidéicommissaire ne fût acquis et transmissible. Là donc ne s'appliquerait pas la prohibition de l'art. 896.

10 *bis.* V. L'éventualité et le trait de temps nécessaires pour constituer la double transmission pourraient très-bien se rencontrer dans une disposition entre-vifs ou testamentaire, quelle que fût l'époque (postérieure au dépouillement ou au décès du disposant) qui eût été fixée pour la restitution. Aussi, je ne sache pas que dans l'ancien droit on ait jamais considéré comme caractère essentiel de la substitution fidéicommissaire la restitution à la mort du grevé, et qu'on eût refusé absolument ce caractère au fidéicommis, dont l'ouverture, par exemple, eût été fixée à la naissance, à la majorité ou au mariage de l'appelé. Mais ce qui est vrai, c'est que la mort du grevé était l'époque ordinaire de l'ouverture de la substitution, et qu'elle était sous-entendue quand on n'en avait pas indiqué d'autre. Ce qui est vrai encore et incontestable, c'est que

la mort du grevé est l'époque légale de l'ouverture des substitutions dans les cas exceptionnels où notre Code les autorise. C'est bien, en effet, ce que suppose la règle, qui ne les permet qu'à la condition de comprendre tous les enfants nés et à naître du grevé; et c'est aussi ce qui semble, notamment, résulter des termes mêmes de la loi dans l'art. 1051. Cela posé, il est assez probable que c'est aux substitutions pour le cas de mort du grevé que s'est appliquée la pensée du législateur dans sa prohibition, et l'on ne doit pas s'étonner que la restitution à la mort soit considérée assez généralement comme caractère, et même comme caractère principal de la substitution prohibée. C'est bien, en effet, la charge de restituer à la mort qui rattache plus ou moins complétement la disposition à l'idée *d'institution d'héritier*, et par conséquent au sens étymologique du mot *substitution ;* c'est elle seule qui constitue à certains égards cet ordre *successif* que la loi refuse à la volonté de l'homme le pouvoir d'établir au delà du règlement de la succession propre du disposant.

10 *bis*. VI. De ce qui précède il résulte, qu'en l'absence d'un des caractères indiqués, une disposition ne pourra jamais passer pour substitution prohibée; mais la difficulté souvent sera de reconnaitre si tous se trouvent effectivement dans une disposition donnée. Cette difficulté, sans doute, n'existera pas quant à l'éventualité, car on verra toujours bien si la disposition attaquée est ou non éventuelle, et l'on déclarera en conséquence valable, sans controverse, comme legs, une disposition pure et simple ou à terme. Au contraire, la difficulté existera dans toute sa force à l'égard des dispositions conditionnelles, qui devront être nulles comme substitutions si elles emportent trait de temps, mais qui ne doivent pas être censées emporter ce trait de temps si on les considère comme legs conditionnels. Or, comment savoir si le testateur a en effet voulu établir ce trait de temps, et par conséquent s'il a voulu faire deux dispositions successives, ou s'il a entendu n'en faire qu'une seule suspendue par une condition, mais destinée à remonter au jour de sa mort si la condition s'accomplit? On pourra bien, à cet égard, tirer quelques inductions des termes dont il se sera servi, suivant qu'il aurait employé le mot *legs* ou le mot *substitution*, mais cela ne saurait être déterminant, car il n'est pas possible que, par le simple emploi d'un mot au lieu d'un autre, il lui ait été permis d'éluder une prohibition considérée comme d'ordre public. On

pourrait bien encore considérer si le prétendu légataire était conçu au temps du testament, ou supposé devoir l'être avant la mort du testateur. Mais cela même ne serait pas concluant ; car, d'une part, il pourrait y avoir substitution (avec le trait de temps qu'elle renferme) au profit d'une personne actuellement conçue, et d'autre part un legs aurait pu être fait au profit d'une personne non existante. Il est vrai que ce legs serait nul si le légataire n'est pas au moins conçu au moment du décès du testateur. Mais la nullité ne tomberait que sur le legs, et la chose léguée resterait à l'héritier institué ou légataire universel chargé de l'acquitter ; tandis que s'il y avait substitution, l'art. 896 annulerait la disposition tout entière, ce qui retrancherait du legs universel, au profit de l'héritier légitime, la chose sur laquelle portait la charge de conserver et de rendre.

Cela posé, je ne vois d'autre règle pratique sûre pour distinguer la substitution et le legs conditionnel que de s'attacher au quatrième caractère de la substitution, consistant dans l'ouverture éventuelle du droit à la mort du grevé. Ainsi, toute disposition dépendant d'un événement autre que la mort de la personne chargée de l'acquitter devrait passer pour simple legs conditionnel. Et, au contraire, toute disposition subordonnée à la mort de la personne chargée de l'acquitter et à la survie du gratifié passerait nécessairement pour substitution prohibée.

10 *bis*. VII. La règle, au reste, ne serait pas dans son application bornée aux dispositions testamentaires; elle s'appliquerait également aux dispositions entre-vifs faites sous la condition de rendre à un tiers. Si donc la restitution doit être immédiate ou à terme fixe, ou même à une condition autre que la mort du donataire, ce n'est qu'une stipulation au profit d'un tiers autorisée par l'article 1121. Mais si l'époque fixée pour la restitution est celle de la mort du donataire, sous la condition que le tiers survivra à celui-ci (condition qui, selon moi, devrait alors être sous-entendue, si le contraire n'est exprimé), on devra voir dans la stipulation dont il s'agit une substitution prohibée, qui non-seulement fera refuser à tout événement au tiers le profit de la stipulation, mais qui aura de plus pour effet de retrancher immédiatement de la donation le bien sur lequel portait la charge de restituer, si, comme il faut en général le supposer, cette charge emporte en même temps celle de conserver.

10 *bis*. VIII. La substitution conditionnelle, tout aussi bien que la substitution pure et simple, serait comprise dans la prohibition. En effet, la condition particulière à laquelle est soumise alors la charge de restituer ne fait qu'augmenter l'éventualité, qui est précisément un des caractères de la substitution. Ainsi la charge de rendre à la mort n'en serait pas moins réputée substitution, parce qu'au lieu d'être établie simplement pour le cas de mort, elle l'aurait été pour le cas de mort avant un certain temps, *puta*, avant le mariage ou avant la majorité, ou pour le cas de mort sans enfants.

10 *bis*. IX. Quoi qu'il en soit, la charge de conserver et de rendre à la mort ne constituera pas une substitution prohibée, lorsque ce sera au profit du donateur lui-même que la restitution devra s'opérer. Ce ne sera alors qu'un *retour* que la loi permet expressément au donateur de stipuler pour le cas du prédécès, soit du donataire seul, soit du donataire et de ses descendants (art. 951). Mais cette stipulation n'est permise qu'au profit du donateur lui-même; et si elle avait lieu au profit de tout autre, elle ne pourrait recevoir son exécution. Seulement, la question alors est de savoir si cette clause devrait être simplement réputée non écrite, comme condition contraire aux lois (art. 900), ou si elle ne constituerait pas une véritable substitution prohibée, à laquelle s'appliquerait l'article 896 dans son entier, ce qui emporterait nullité de la donation elle-même. Il est certain qu'on pourrait à toute force trouver dans la clause dont il s'agit les quatre caractères constitutifs de la substitution prohibée. Et toutefois, je ne pense pas qu'on doive indistinctement la considérer comme telle. Car autre chose est le retour qui ramène les biens à leur point de départ, autre chose la substitution qui les fait passer graduellement d'une personne à une autre. Le législateur lui-même consacre cette idée quand il autorise la stipulation de retour au profit du donateur. Il est vrai qu'il s'arrête là, et qu'il n'autorise pas également le retour au profit des enfants ou autres héritiers d'une qualité déterminée (1).

(1) On ne comprendrait guère que la stipulation fût faite au profit des héritiers quelconque que le donateur pourra avoir au décès du donataire. Car le droit de celui-ci, réduit ainsi à tout événement à la durée de sa vie, ne consisterait vraiment que dans un usufruit. Et cela reviendrait à dire que le donateur s'est réservé pour lui et les siens la nue propriété, ce qui serait parfaitement licite. L'effet de la clause devrait alors consister à faire déclarer l'acte mal qualifié, en lui laissant d'ail-

Mais est-ce à dire qu'une stipulation semblable, qui ne tendrait toujours qu'à faire rentrer les biens dans le patrimoine dont la donation les avait distraits, serait étrangère à l'idée de retour? Je ne puis le croire. C'est un retour prohibé, mais c'est un retour qu'on voulait établir et non point une substitution, il n'y a donc pas lieu d'appliquer là l'article 896, mais l'article 900 (1). S'il en était autrement, on arriverait à ce résultat fort singulier que le donateur, en insérant la clause que la loi prohibe, atteindrait précisément, presque toujours, par elle le but qu'il se propose. Car ses héritiers, qui à la mort du donateur ne pourraient pour rentrer dans le bien donné se prévaloir de la clause de retour, y rentreraient par une autre voie en faisant déclarer la donation nulle aux termes de l'article 896.

On le voit, ce qui, dans ma pensée, distingue le retour de la substitution, c'est que le retour tend uniquement à ramener les biens dans le patrimoine dont ils auraient dû faire partie. Toutes les fois donc qu'une disposition entre-vifs ou testamentaire, de quelque manière qu'elle soit qualifiée, imposera la charge éventuelle de conserver et de rendre à la mort aux héritiers du disposant, je n'y verrai qu'un retour dont la réserve ne me paraîtrait pas plus permise dans un legs que dans une donation; mais je n'annulerai pas le don ou le legs frappé de cette réserve, parce que, selon moi, l'article 896 ne sera pas alors applicable. Au contraire, toutes les fois que, sous le nom de retour ou autrement, on aura imposé à une libéralité une charge éventuelle de restituer à la mort en faveur de tout autre que le disposant ou ses héritiers, j'y verrai une substitution à laquelle s'appliquera l'article 896.

11. Le Code lui-même consacre deux exceptions à la prohibition générale des substitutions.

La première s'applique aux biens formant la dotation d'un titre héréditaire, en d'autres termes aux majorats. Cette disposition, qui ne se trouvait pas dans la première édition du Code, fut ajoutée dans l'édition de 1807, pour mettre la loi en

leurs l'exécution dont il est susceptible. Là donc il n'y aurait lieu d'appliquer ni l'article 896, ni la disposition restrictive de l'article 951.

(1) V. dans ce sens C. C. Cass., 3 juin 1823 (P. t. 67, p. 18); C. C. Rej. 8 juin 1836 (P. t. 106, p. 142).

harmonie avec les institutions fondées et autorisées par les décrets du 30 mars 1806 (1), et le sénatus-consulte du 14 août suivant (2). V. art. 896, al. dernier (3). Mais aujourd'hui toute institution de majorat est interdite. (L. 12 mai 1835 (4), art. 1.)

Quant aux majorats antérieurement établis, les uns, dotés par l'Empereur et dont la dotation est reversible à l'État, continuent à subsister dans les conditions de leur institution (v. d. l., art. 4); les autres (fondés par des particuliers), ou sont dès à présent abolis, ou ne conservent qu'un effet temporaire et subordonné jusqu'à un certain point à la volonté du fondateur (v. d. l. art. 2 et 3, et L. 7 mai 1849 (5) art. 1, 2).

11 *bis*. I. La dotation d'un titre héréditaire a pu provenir, ou de libéralités de l'Empereur prises sur ce qu'on appelait le domaine extraordinaire, ou de l'affectation faite à ce titre de certains biens par la volonté des particuliers propriétaires, sous les conditions prescrites, et avec l'autorisation du chef de l'État. Les titres avec leur dotation devenaient ainsi transmissibles à perpétuité dans la descendance légitime (naturelle ou adoptive) du premier titulaire, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture. Bien entendu, au reste, que l'extinction de la descendance masculine et légitime du premier titulaire devait, en général, rendre libres dans la succession du dernier titulaire les biens affectés au majorat (D. du 1er mars 1808, art. 75); mais, sauf pour ce cas, l'effet de la condi-

(1) IV, B. 84, n° 1432.

(2) IV, B. 112, n° 1823.

(3) Voyez, à ce sujet, Décr. du 1er mars 1808 (IV, B. 186, n° 3207).
Voyez, au surplus, *Répertoire de jurisprudence*, v° *Majorat*.

(4) IX, part. I. B. 138, n° 308.

(5) V. lad. loi, art. 4. Ce maintien, qui consiste dans la possession et transmission des biens *conformément aux actes d'investiture*, emporte conséquemment réserve du retour à l'État s'il y a lieu. Maintenant le retour à l'État devant pour certains biens (les actions des canaux de navigation) amener en faveur des anciens propriétaires le recouvrement de leurs droits (l. 5 décembre 1814, art. 10), il est clair que cette expectative leur est ouverte par rapport aux biens de ce genre qui, faisant partie de la dotation d'un majorat, viendraient à faire retour. C'est ce qu'a voulu dire le législateur en réservant les droits d'expectative ouverts par la loi du 5 décembre 1814.

tion de retour, insérée dans les dotations accordées par l'Empereur (d. D. art. 76).

11 *bis*. II. C'est à tous les majorats, sans distinction, que s'applique l'interdiction d'en établir. Mais c'est seulement aux majorats, fondés avec des biens particuliers, que s'appliquent soit l'abolition immédiate, soit les restrictions apportées à l'effet des institutions antérieures. Quant aux majorats de propre mouvement, fondés sur le domaine extraordinaire, la loi de 1835 ne s'en occupe que pour en proclamer le maintien (1), et la loi de 1849 leur est tout à fait étrangère.

11 *bis*. III. C'est donc uniquement aux majorats fondés avec des biens particuliers que s'appliquent les restrictions apportées à l'effet des institutions antérieures. Les restrictions apportées par la loi de 1835 consistent : 1° dans la limitation à deux degrés (art. 2); 2° dans la faculté accordée au fondateur, si toutefois il n'existe pas alors d'appelés, mariés ou veufs avec enfants, de révoquer le majorat en tout ou en partie, ou d'en modifier les conditions (art. 3). Cette loi n'est pas abrogée par la loi postérieure de 1849, qui, comme on va le voir, a d'abord pour but d'en préciser le sens et la portée, mais qui ajoute à la disposition en n'autorisant pas indistinctement la transmission dans la limite établie.

11 *bis*. IV. A cet égard, la loi du 7 mai 1849 commence par lever toute équivoque sur la partie de la disposition précédente qui limitait l'étendue à deux degrés, *l'institution non comprise;* elle déclare nettement *abolis* les majorats de biens particuliers *qui auront été transmis à deux degrés successifs* A PARTIR DU PREMIER TITULAIRE, *et les biens en conséquence libres entre les mains de ceux qui en sont investis* (art. 1).. Mais ne s'arrêtant pas là, elle veut que la transmission, ainsi limitée à deux degrés, n'ait lieu qu'en faveur des appelés déjà nés ou conçus lors de sa promulgation, et que s'il n'y en a pas alors, les biens deviennent immédiatement libres entre les mains des possesseurs (art. 2). De là il résulte : 1° qu'un majorat qui, au moment de la promulgation de la loi, n'avait pas encore été transmis, ou qui ne l'avait encore été qu'une fois, a été de ce moment aboli, s'il n'existait pas alors d'appelé; 2° que s'il existait un appelé, mais un appelé seulement du premier degré, le majorat non encore transmis ne le sera qu'une fois. Mais comme la loi autorise la transmission à deux degrés en faveur des appelés conçus

(1) X, B. 160, n° 1299.

ou nés au moment de sa promulgation, il en faut conclure que s'il existait alors un appelé du premier degré et un appelé du second degré, le majorat non encore transmis le serait deux fois. Quant au majorat déjà transmis une fois avant la promulgation de la loi, il pourra bien l'être une seconde fois à l'appelé existant au moment de la promulgation; mais la transmission s'arrêtera là, quand même il eût existé à cette époque des appelés de plusieurs degrés. Il va sans dire, au reste, que le majorat déjà transmis deux fois avant la loi de 1835 n'a pu l'être depuis la promulgation de cette loi, qui l'abolissait virtuellement, en déclarant qu'il ne pouvait s'étendre au delà de deux degrés, sans tenir compte, à cet égard, du droit éventuel des appelés des degrés ultérieurs. Cela, au reste, se résume en ces deux propositions : depuis la loi de 1835, tout majorat de biens particuliers transmis deux fois, avant ou après la promulgation de la loi, est aboli; depuis la loi de 1849, tout majorat de ce genre, soit qu'il ait été ou non déjà transmis, est aboli, s'il n'existait pas d'appelé au moment de la promulgation.

Remarquons seulement qu'en abolissant immédiatement le majorat à défaut d'existence actuelle d'appelé, et en rendant par là saisissables dans la main du titulaire les biens de la dotation, la loi a admis pendant un an un tempérament en faveur de ce titulaire, qui n'avait pas dû s'attendre à la saisie. Ce tempérament a consisté à permettre aux juges d'appliquer l'art. 1244, quelle que fût la nature du titre en vertu duquel les poursuites étaient exercées, et lors même, par conséquent, que ce titre aurait été un jugement (nonobst., C. pr., art. 122).

Au reste, la loi de 1849 ne déroge nullement au droit de révocation conféré au fondateur par la loi de 1835. Ainsi, quoique la transmission dans la limite des deux degrés soit maintenue en faveur des appelés existants, ce droit peut leur être enlevé par la révocation du fondateur, s'ils ne sont pas mariés ou veufs avec enfants (art. 4).

Les autres articles de la loi, en ce qui concerne les majorats (1), tendent soit à régler la marche à suivre pour opérer la libération des biens après l'extinction du majorat (art. 5), soit à faire cesser, pour les majorats encore temporairement conservés, certaines rè-

(1) La loi, comme nous l'allons voir, a un second objet, l'abrogation de la loi de 1826 sur les substitutions (v. ci-dessous, nº 13).

gles d'exécution prescrites par les décrets du 1er mars 1808, 4 mai et 4 juin 1809, et à soumettre purement et simplement pour l'avenir la mutation par décès d'un majorat au droit de transmission de propriété en ligne directe (art. 6 et 7). L'explication détaillée de ces articles ne rentre pas dans notre plan.

12. La seconde exception à la prohibition des substitutions concerne le droit conféré dans de certaines limites aux pères et mères, frères et sœurs, d'assurer à la postérité de leurs enfants, frères ou sœurs, la restitution des biens qu'ils donnent ou laissent à ceux-ci. Les conditions auxquelles la loi subordonne cette faculté, et les mesures qu'elle prescrit pour garantir l'exécution des dispositions permises, font l'objet d'un chapitre spécial du présent titre. V. art. 897.

13. Enfin une troisième exception, beaucoup plus générale, avait été introduite par la loi du 17 mai 1826 (1). Cette loi étendait à tout donateur ou testateur la faculté de substituer les enfants du donataire ou légataire, en le laissant libre ou de les substituer tous ou d'en substituer seulement un ou plusieurs. Elle autorisait même à faire la substitution à deux degrés. Mais cette loi est aujourd'hui abrogée, sauf, pour les substitutions faites sous son empire, l'effet réservé au profit des appelés nés ou conçus lors de la promulgation de la loi abrogative, et si l'un ou plusieurs desdits appelés recueillent, au profit aussi des autres appelés du même degré. (L. 7 mai 1849, art. 8 et 9.)

13 *bis*. I. Comme nous le verrons au siége de la matière, les substitutions seules autorisées dans l'origine par le Code civil le sont uniquement dans le but de seconder la pieuse sollicitude d'un aïeul ou d'un oncle, qui veut ainsi mettre ses petits-enfants ou ses neveux à l'abri des dissipations de leur père. Ce sentiment, s'il est réel, doit s'appliquer à tous; aussi la disposition n'est-elle permise qu'autant qu'elle embrasse tous les enfants nés et à naître du grevé (V. art. 1048-1051). Mais la loi de 1826 avait un tout autre but; sa tendance évidente était de reformer, autant que possible, les grandes fortunes, et de combattre le morcellement excessif de la

(1) VIII, B. 90, n° 3028.

propriété. Cette dernière considération fit échapper les substitutions permises par la loi de 1826 à la proscription portée en 1835 contre les majorats. Mais en 1849, l'avantage qu'on prétendait attacher à la loi de 1826 parut des plus douteux (1), et dans tous les cas insuffisant, pour prévaloir sur les motifs généraux qui ont fait prohiber les substitutions. L'on prononça en conséquence l'abrogation de cette loi.

13 *bis*. II. L'abrogation de la loi du 17 mai 1826 a pour effet de remettre purement et simplement en vigueur l'exception unique proclamée par l'art. 897; exception que la disposition générale de la loi de 1826 rendait sans objet. Quant à la disposition de la loi nouvelle qui maintient sous les conditions qu'elle détermine l'effet des substitutions déjà établies, elle a pour motif le respect des droits acquis, non qu'il y ait proprement droit acquis pour un appelé tant que la substitution n'est pas ouverte, car il peut mourir avant le grevé, or sa vocation alors deviendrait caduque, et ne passerait pas à ses héritiers. Mais le droit lui est acquis en ce sens que sa vocation éventuelle, émanée de la volonté du disposant, ne peut recevoir aucune atteinte de la volonté du grevé. Il y a donc pour lui un droit conditionnel qu'on pourra, si l'on veut, n'appeler qu'une *espérance*, parce qu'il n'y a encore ni propriété ni créance; mais cette espérance même, indépendante pour la réalisation du fait ou de la volonté d'autrui, constitue sous ce rapport un droit et ne peut se confondre avec la vocation éventuelle à une succession.

Maintenant, il est vrai que cette espérance fondée par la substitution, avec son caractère d'irrévocabilité, subsiste, en vertu des principes tout spéciaux de cette matière, avant même qu'il existe aucun appelé; mais comme il est impossible d'appliquer au néant l'idée du droit, c'est avec raison que la loi n'a voulu en tenir compte qu'en faveur des appelés nés ou au moins conçus lors de sa promulgation. Il va sans dire, au reste, qu'ici comme partout l'enfant conçu ne sera tenu pour existant que sous la condition qu'il naîtra viable. (V. à ce sujet art. 725, 906.)

13 *bis*. III. La réserve en faveur des appelés conçus s'applique dans sa généralité aux appelés de tous les degrés. Si donc la substitution était, comme le permettait la loi de 1826, établie à deux

(1) V. le Rapport de M. Valette à l'Assemblée nationale, 6 janvier 1849, § 2, XX (*Moniteur* du 12, p. 105).

degrés, et qu'à la promulgation de la loi nouvelle il existât des appelés du premier et du second, la substitution resterait transmissible à deux degrés.

13 *bis*. IV. C'est uniquement la considération du droit acquis aux appelés déjà nés ou conçus qui fait maintenir la substitution. Cette considération s'évanouirait si ces appelés venaient à mourir du vivant du grevé, et dès lors évidemment les biens deviendraient libres dans les mains de celui-ci. Mais s'ils survivent, au contraire, et recueillent la substitution, ils ne peuvent la recueillir que dans les termes où elle a été faite; par conséquent, ils doivent subir le concours de tous ceux qui s'y trouveraient appelés au même titre qu'eux. Ainsi les appelés du même degré ou leurs représentants, quoique leur existence n'ait commencé qu'après la promulgation de la loi, profiteront aussi de la substitution, mais uniquement si un ou plusieurs des appelés antérieurement conçus *recueillent;* c'est-à-dire, selon moi, non-seulement s'ils survivent en état de capacité, mais s'ils exercent effectivement leur droit, auquel je les crois maîtres de renoncer, parce qu'il n'est réservé qu'en leur faveur. Quant à la vocation des autres, elle n'est qu'accidentelle, et fondée uniquement sur ce qu'il ne serait pas juste que ceux en faveur desquels la substitution est maintenue eussent plus de droit qu'ils n'en auraient eu sans l'abrogation de la loi. Ajoutons qu'il ne serait pas non plus conforme aux vues de la loi nouvelle que la réserve faite à leur profit, fût-elle réduite à la mesure de la part qui devait leur revenir, tendît à établir entre les enfants du grevé une inégalité que la volonté du disposant n'avait pas établie. Cela posé, on ne doit pas s'étonner qu'une vocation de ce genre, entièrement en dehors de l'idée de droit, soit subordonnée à l'acte d'une volonté étrangère, et qu'elle disparaisse par l'effet d'une renonciation qui en fait défaillir le principe.

14. Le nom de substitution, dans sa véritable signification, conviendrait également à la disposition faite au profit d'une personne, pour le cas où un premier appelé ne recueillerait pas. Cette disposition est connue en droit sous le nom de *substitution vulgaire*. Comme elle ne présente aucun des inconvénients qui font proscrire en général les substitutions dites *fidéicommissaires*, le Code ne la comprend pas même sous le nom de *substitution*, et ne la prohibe pas. V. art. 898.

14 *bis.* Quoique la disposition dont il s'agit ne soit pas regardée par la loi comme substitution, il importe de remarquer que, dans l'exactitude du langage, cette dénomination peut lui être appliquée. Il en résulte que l'emploi du mot substitution par le donateur ou testateur n'induira nullement à penser que la disposition faite soit plutôt la disposition prohibée par l'article 896 que la disposition permise par l'article 898. L'interprétation sur ce point sera laissée à l'appréciation des juges, qui reconnaîtront par l'ensemble de la disposition si elle porte ou non les caractères constitutifs de la substitution prohibée. Mais dans le doute, lors, bien entendu, que le doute sera possible, on devra toujours interpréter dans le sens de la disposition permise. La raison, en effet, prescrit d'appliquer à tous les actes la règle proclamée par l'article 1157 pour les clauses des contrats, et de les entendre plutôt dans le sens avec lequel ils peuvent produire effet, que dans le sens avec lequel ils n'en pourraient produire aucun. (V. à ce sujet *Julien,* L. 12, ff. *De reb. dub. Ulp.,* L. 16, ppio., *ad. Sen. Treb.*)

Cette règle au reste ne se bornera pas, pour son application, au cas où le donateur ou le testateur aurait employé le mot substitution; elle comprendra tous ceux où il aura employé des termes pouvant également convenir à la substitution vulgaire et à la substitution fidéicommissaire, *puta,* s'il avait dit : *Je lègue à Pierre, et s'il meurt, à ses enfants.*

15. On n'a pas pu assimiler non plus à la substitution le don ou legs de l'usufruit à l'un et de la propriété à l'autre; car il n'y a pas alors deux dispositions successives de la même chose : chacun, au moment de la mort ou du don entre-vifs, est saisi de ce qui lui est donné. V. art. 899.

15 *bis.* I. Ce qui distingue essentiellement de la substitution le don de l'usufruit à l'un et de la nue propriété à l'autre, c'est qu'il n'y a pas là d'éventualité. Il est vrai que le donataire ou légataire de la nue propriété, de même qu'un substitué, n'obtiendra la jouissance qu'à l'extinction de l'usufruit, c'est-à-dire ordinairement à la mort de l'usufruitier. Mais son droit au recouvrement de cette jouissance est dès à présent certain et transmissible, comme est certainement borné dans sa durée le droit du donataire ou légataire de l'usufruit. Il en est tout autrement dans la substi-

tution, qui ne doit profiter qu'à l'appelé survivant et capable lors de son ouverture, et qui, dans le cas contraire, laissera les biens au grevé, devenu ainsi propriétaire incommutable. Il est un cas pourtant où la disposition dont il s'agit avait paru au précédent législateur se confondre entièrement avec la substitution, c'est celui où, en instituant directement l'aîné des enfants *que laisserait* un citoyen désigné, on avait disposé de l'usufruit au profit de celui-ci. (V. L. 9 fructidor an II, 20°). Il est certain, en effet, que dans une disposition semblable perce l'intention d'arriver par équivalent à une substitution au profit de l'aîné des enfants du prétendu usufruitier; j'ajoute qu'il y a là un caractère d'éventualité, en ce que l'institution est faite non au profit de l'enfant qui se trouve l'aîné à la mort du testateur, mais de celui à qui appartiendra cette qualité au décès du père, prétendu usufruitier. Mais cette circonstance, qui empêche qu'aucun des enfants soit considéré comme propriétaire du vivant de son père, ne fait pas que la propriété appartienne ou puisse jamais appartenir à celui-ci, à qui on n'a laissé que l'usufruit. Il n'y a donc en réalité qu'un legs pur et simple d'usufruit et un legs conditionnel (1) de la propriété, legs qui, jusqu'à l'événement de la condition, laisse la propriété à l'héritier *ab intestat,* à qui elle restera définitivement si le legs devient caduc par le prédécès de tous les enfants de l'usufruitier. Mais lorsque c'est à l'héritier *ab intestat* lui-même que l'usufruit aura été légué, on pourrait, je crois, sans tenir aucun compte de ce legs, vraiment sans objet si le prétendu légataire accepte la succession, ne voir avec le législateur de l'an II, dans la disposition dont il s'agit, qu'une substitution au profit du fils aîné, et appliquer là en conséquence, non l'article 899, mais l'article 896.

Toutefois, dans ce cas même, l'héritier *ab intestat* aurait moyen d'éviter cette application, en renonçant à la succession. Car rien alors ne l'empêcherait de faire valoir son legs d'usufruit, en laissant à l'héritier du degré subséquent, venant à son défaut à la succession légitime, la charge du legs conditionnel avec la chance de demeurer propriétaire incommutable en cas de caducité du legs. Il est, du reste, bien entendu que l'enfant légataire conditionnel de

(1) Ce legs conditionnel ne pourra passer pour substitution, car la condition ne sera pas le cas de mort de l'héritier chargé de l'acquitter (v. ci-dessus 10 bis. V et VI).

la nue propriété ne pourra jamais profiter de ce legs, s'il n'est pas conçu du vivant du testateur (art. 906).

15 *bis*. II. De ce qui précède il résulte bien que le retour naturel de la jouissance au propriétaire par l'extinction de l'usufruit n'a rien de commun avec la charge de restituer qui naît d'une substitution. Mais en serait-il autrement si, l'usufruit étant légué successivement à plusieurs personnes, la mort de la première devait le faire passer à l'autre, ou, ce qui reviendrait au même, si l'usufruit était légué conjointement à plusieurs, avec accroissement au profit du survivant (1)? Il est certain qu'il y a ici double transmission par l'effet d'une même volonté; mais il n'y a pas de grevé ayant chance de conserver, par la caducité du droit éventuel attribué à un autre. Il n'y a donc point substitution, et une disposition semblable rentre purement et simplement dans les termes de l'article 899.

16. Les donations entre-vifs ou testamentaires peuvent, en général, être soumises à telles conditions qu'il plaît au donateur d'imposer. Si pourtant les conditions sont physiquement ou moralement impossibles, comme alors on ne peut faire dépendre de leur accomplissement l'exécution de la disposition, il fallait opter entre deux partis : annuler la disposition dans son entier, ou la scinder en la considérant comme pure et simple. C'est ce dernier parti que le législateur a consacré tant pour les donations entre-vifs que pour les testaments. Il a pensé apparemment que l'impossibilité de la condition n'avait point été aperçue par les parties, et que la nature de l'acte manifestant l'intention de faire une libéralité, c'est cette intention qni probablement aurait prévalu si l'on eût connu l'impossibilité de la condition à laquelle on semblait la subordonner. Cette supposition ne pourrait s'appliquer à la volonté de s'obliger dans les contrats ordinaires; on y suit donc la règle contraire. V. art. 900; et, à ce sujet, art. 1172.

16 *bis*. I. Il convient d'abord de remarquer que sous le nom de

(1) Nous verrons sur l'article 1044, si, comme en Droit romain, cet accroissement devrait avoir lieu chez nous sans une clause spéciale.

condition la loi comprend ici non-seulement les conditions casuelles consistant dans un événement indépendant du fait des parties, mais aussi, et peut-être principalement, celles qui consistent dans un fait à accomplir par le donataire ou légataire. Ce sont bien en effet des conditions, puisque de leur exécution dépend réellement le sort de la libéralité, soit qu'on la suspende jusqu'à ce que le fait soit accompli, soit que l'inexécution doive en entraîner la révocation. Dans cette dernière hypothèse, le fait à accomplir prend le nom de *charge*. Mais les charges n'en peuvent pas moins être très-exactement comprises sous le nom de *conditions*, et nous en trouvons la preuve dans le langage même du législateur. (V. notamment art. 953.)

16 *bis*. II. En général, la condition subordonne à son accomplissement l'effet de l'acte qu'on y soumet. Lors donc que la condition est impossible, comme il est certain qu'elle ne s'accomplira pas, l'acte doit dès le principe être considéré comme non avenu. Telle est, en effet, la règle proclamée par la loi en matière de contrats (art. 1172), et c'est ce que les Romains appliquaient à tous les actes autres que les dispositions de dernière volonté. Mais la faveur de ces sortes de dispositions avait fait admettre à leur égard une règle différente. On la justifiait par le caractère sérieux de l'acte qui, ne permettant pas d'attribuer la disposition à une mauvaise plaisanterie, ne laisse place qu'à la supposition d'erreur; erreur possible et excusable chez celui qui, disposant seul, n'a pas pu être éclairé et redressé par les lumières d'autrui. Cela posé, qu'aurait fait le testateur s'il eût connu l'impossibilité de la condition? On l'ignore, mais comme il n'est pas là pour le dire au moment où apparait l'œuvre de l'erreur, et qu'il a manifesté l'intention de gratifier, on présume favorablement qu'il aurait disposé purement et simplement. C'est ainsi qu'on arrive à dire que la condition impossible est réputée non écrite. Quoi qu'il en soit de ces considérations, qui chez nous auraient pu ne pas prévaloir, parce que nous accordons généralement moins de faveur que les Romains aux dispositions testamentaires, il est certain au moins qu'elles n'ont pas d'application à la donation entre-vifs, qui n'a lieu qu'avec le concours de la volonté du donataire. Celui-ci, en effet, peut apercevoir l'erreur, et son devoir alors est d'éclairer le donateur, et de le faire expliquer sur son intention. Puis, en supposant même qu'ils

aient erré tous deux, il n'y aurait pas d'inconvénient à refuser effet à une volonté perplexe, et à annuler l'acte, puisque, après la découverte de l'erreur, il pourrait être refait par une volonté éclairée.

Cependant la loi, loin d'abandonner la règle du droit romain en ce qui concerne les dispositions testamentaires, l'étend au contraire aux dispositions entre-vifs; c'est ce dont il faut chercher à nous rendre raison. Mais, à cet égard, je crois qu'il convient d'abord de distinguer entre les conditions impossibles et les conditions contraires aux lois et aux mœurs, quoiqu'elles soient mises ici sur la même ligne.

16 *bis*. III. Pour les premières, il faut bien se contenter de dire qu'à tort ou à raison, la loi s'attache à la supposition d'erreur, possible après tout des deux parts dans la donation, comme elle l'est chez le testateur, et qu'elle s'est déterminée par le but principal de l'acte de libéralité pour en conclure, dans le doute, que la volonté de donner, bien qu'exprimée conditionnellement, aurait été pure et simple si l'on eût connu l'impossibilité de la condition. Cette raison est peut-être sujette à critique au point de vue général de notre législation, qui d'ailleurs se montre si sévère à l'égard des donations. Mais, puisque l'autorité de l'ancien droit et la force de l'habitude la faisaient prévaloir à l'égard des dispositions testamentaires que la loi ne voit pas d'un œil plus favorable, il n'y a rien de vraiment illogique, en négligeant les différences qui séparent d'ailleurs ces deux espèces de libéralités, à s'attacher à leur caractère commun pour les soumettre à la même règle. Cette explication, au surplus, convient également, soit que la condition impossible consiste ou non dans un fait à accomplir par le donataire ou légataire.

16 *bis*. IV. Quant aux conditions contraires aux lois ou aux mœurs, je fais d'abord remarquer qu'on ne doit pas considérer comme telles celles qui consisteraient dans le fait illicite de tiers sans intérêt. Car, en supposant, comme cela est malheureusement possible, que le mal sera commis, elles n'encouragent personne à le commettre. Ainsi les conditions dont il s'agit ici sont uniquement celles qui consistent dans un fait positif ou négatif du donataire; en d'autres termes, ce sont les clauses impératives ou prohibitives tendant soit à empêcher celui-ci de remplir un devoir, soit

à gêner en lui l'exercice d'une liberté inaliénable, soit à le pousser à commettre une mauvaise action. Cela posé, je m'explique facilement les motifs puissants qui ont dû déterminer le législateur, en adoptant la règle déjà consacrée par une loi antérieure, la loi du 5 septembre 1791, à déclarer non écrites les conditions de ce genre. C'était en effet le seul moyen efficace d'ôter au donataire tout intérêt à se conformer à la volonté illicite du donateur, intérêt qui au contraire aurait subsisté jusqu'à un certain point si l'on eût donné à la condition l'effet d'annuler la donation. Car le donataire aurait pu espérer que le donateur, seul intéressé, du moins pendant sa vie, à faire valoir la nullité, n'userait pas de ce droit si sa volonté illicite était suivie, et ne manquerait pas au contraire d'en user si elle n'était pas accomplie. On le voit donc, cette considération aurait pu souvent déterminer le donataire à accomplir la condition. Tandis que dans le système de la loi le donataire est désintéressé, puisqu'il possède le bien, affranchi de la condition, et c'est le donateur seul qui est puni d'avoir imposé la condition illicite, puisque, sans atteindre le but mauvais qu'il s'était proposé, il subit le dépouillement qu'il n'avait consenti que dans ce but.

Au reste, on le voit bien, les considérations que l'on vient d'indiquer ne concernent que les donations entre-vifs. Quant aux dispositions testamentaires, c'est uniquement par la supposition de l'erreur du testateur que l'on peut expliquer, pour les conditions contraires aux lois ou aux mœurs comme pour les conditions impossibles, la règle qui les considère comme non écrites.

16 *bis*. V. C'est quand elles sont imposées au donataire que les conditions contraires aux lois ou aux mœurs doivent, par les motifs ci-dessus, être réputées non écrites. Mais les mêmes principes doivent amener un résultat tout différent dans le cas où ce serait à son héritier qu'un testateur aurait imposé une condition de ce genre, en le chargeant d'un legs pour le cas où il ne l'accomplirait pas. Alors, en effet, pour atteindre le but moral qu'on doit se proposer, il ne faudrait pas, en considérant que le legs dont il s'agit est vraiment fait sous la condition illicite imposée à l'héritier, effacer cette condition et rendre ainsi le legs pur et simple. Ce ne serait pas le moyen le plus sûr pour détourner l'héritier d'accomplir l'acte illicite. Au contraire, celui-ci pourrait se flatter que le légataire, complice des mauvais desseins du testateur, et chargé par lui

d'en assurer autant que possible l'exécution, ne réclamerait pas le legs si lui, héritier, se conformait à cette volonté illicite, et cela serait pour lui une raison d'en agir ainsi. Mais le vrai point de vue sous lequel il faut envisager la disposition dont il s'agit, sa véritable nature est celle d'un legs à titre de peine, qui, d'après la réforme introduite par Justinien et incontestablement admise chez nous, ne doit pas, il est vrai, à ce titre seul, être frappé de nullité comme il l'aurait été par le droit romain antérieur, mais auquel cette nullité continue au contraire de s'appliquer quand il a pour but de punir l'héritier de n'avoir pas accompli une condition physiquement ou moralement impossible (V. *Just.*, § 36, Inst., *De legat.*).

16 *bis*. VI. Ce serait peut-être ici le lieu d'entrer dans quelques détails sur les conditions comprises dans la règle de notre art. 900, et de rechercher dans une série d'applications quelles conditions, je ne dis pas doivent être jugées impossibles, car sur ce point il ne peut guère exister d'incertitude, mais quelles conditions doivent passer pour contraires aux lois ou aux mœurs. Cela, comme on voit, pourrait nous mener loin, et je craindrais, en entrant dans cette voie, de m'écarter de mon plan, qui n'embrasse pas en général les questions de détail; je me borne donc à poser ici en principe, comme caractère des conditions contraires aux lois ou aux mœurs, l'une des trois circonstances déjà ci-dessus indiquées, savoir : qu'elles tendent ou à prescrire une mauvaise action, ou à empêcher l'accomplissement d'un devoir, ou à gêner l'exercice d'une faculté d'ordre public. Celles de la première catégorie sont faciles à reconnaître, sans qu'il soit besoin de présenter une application particulière. J'indiquerais sans difficulté, comme appartenant à la seconde, celle de ne point exercer les droits politiques ou les droits de famille, tels que la puissance paternelle ou la puissance maritale. Quant à celles de la troisième catégorie, l'application est plus délicate, car il s'agira toujours de savoir si la liberté qu'elles tendent à restreindre est ou non inaliénable, en d'autres termes, si la faculté dont on veut interdire le libre exercice est ou non d'ordre public. Quoi qu'il en soit, je n'hésiterais pas à placer dans cette catégorie la condition d'entrer ou de ne pas entrer dans les ordres sacrés; j'y placerais également celle d'embrasser ou de ne pas embrasser une profession qui, comme la magistrature ou l'état militaire, demandent une capacité et un dévouement tout spéciaux,

et dont l'exercice, pour ceux qui s'y sentent appelés, peut être considéré comme l'accomplissement d'un devoir social. Et pourquoi n'en dirais-je pas autant de la carrière de l'enseignement? J'indiquerais encore comme telle, au moins en général, la condition de se marier ou de ne pas se marier, sauf peut-être à excepter de la règle la prohibition d'un second mariage, si elle est imposée par le premier conjoint ou par les parents de celui-ci, et surtout s'il y a des enfants du premier lit. Enfin, je considérerais aussi comme rentrant dans la troisième catégorie la prohibition de l'acceptation bénéficiaire (1).

16 *bis*. VII. Après avoir ainsi recherché le sens, les motifs et la portée de la règle écrite dans l'art. 900, il nous reste à faire sur son application deux observations importantes :

1° La règle étant spéciale pour les dispositions à titre gratuit, elle ne devrait pas servir à éluder la règle différente à laquelle le droit commun soumet les actes à titre onéreux, et comme ce n'est pas uniquement par la qualification ni par les formes dont il est revêtu que doivent se juger le caractère et la nature d'un acte, les tribunaux auront toujours à examiner si la prétendue donation n'est pas en réalité un marché honteux conclu entre les parties, lequel marché devrait recevoir l'application non de l'art. 900, mais des art. 1131 et 1172.

2° La condition essentielle de la donation ou du testament étant toujours que son auteur soit sain d'esprit, il y aura lieu aussi d'examiner si l'insertion même de la condition impossible ne constituerait pas un acte de folie, qui, par l'application de l'art. 901, amènerait l'annulation de la disposition entière. C'est même ce qui, selon moi, devrait presque toujours arriver si toutes les conditions impossibles l'étaient aussi évidemment que celles qu'on a coutume de citer pour exemple, V. gr. *Si digito cœlum tetigeris*. Mais dans la plupart des cas il n'en sera pas ainsi, et le donateur ou testateur aura pu, sans passer pour fou, ne pas apercevoir l'impossibilité de la condition qu'il impose. Alors il faudra s'en tenir à la règle de l'art. 900.

(1) V. t. 3, n° 114 *bis*. II.

CHAPITRE II.

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT.

17. Les libéralités ont leur base principale dans la volonté du disposant. Il n'y a pas volonté parfaite si l'esprit qui la produit n'est pas sain. Aussi toute disposition qui repose sur la volonté admet-elle, en général, pour condition de son existence, que le disposant soit sain d'esprit. Mais le législateur semble s'attacher plus particulièrement à cette condition dans les actes de libéralité, en la proclamant ici comme un des principes de la matière. V. art. 901.

17 *bis*. I. Il peut d'abord paraître sans objet d'indiquer comme spéciale pour les donations et testaments une condition de capacité, qui doit en général s'appliquer à tous les actes tirant leur force de la volonté. Pourquoi, en effet, exprimer ici ce qui se sous-entend de soi dans les divers contrats dont la loi trace ailleurs les règles et les effets? Cela certainement n'était pas nécessaire pour autoriser, en principe, une attaque fondée sur la démence du donateur ou testateur. Mais, d'une part, l'attaque pour démence est, à l'égard des actes ordinaires, soumise à certaines restrictions (V. notamment art. 504); et d'autre part, la démence proprement dite n'est pas le seul accident qui, portant le trouble dans l'esprit, permette, sous ce rapport, de dire qu'il n'est pas sain. Maintenant, la condition d'être sain d'esprit étant posée ici comme règle spéciale et fondamentale, on peut en conclure : 1° que les parties intéressées à contester la donation ou le testament seraient toujours recevables à élever la question de démence, et à en offrir la preuve par tous les moyens possibles; 2° qu'elles pourraient aussi, sans alléguer la démence proprement dite, être admises plus facilement qu'elles ne le seraient s'il s'agissait d'un acte ordinaire, à faire valoir contre la donation ou le testament non-seulement l'état de démence accidentel qui ne constituerait pas une cause d'interdiction, mais le trouble porté dans l'esprit de son auteur soit par le mouvement

d'une passion violente, soit par la domination d'une influence étrangère.

On concevrait, au surplus, que le législateur eût voulu armer ainsi plus puissamment les familles contre les actes de libéralité qui les dépouillent sans compensation. Cela surtout s'expliquerait en présence des piéges tendus par la cupidité à la faiblesse des donateurs.

17 *bis*. II. Cela posé, la première conséquence que je tire de l'article 900, c'est que l'article 504, malgré la généralité de ses termes, n'a pas d'application aux donations ni aux testaments; et que les héritiers après la mort du donateur ou testateur, dont l'interdiction n'a été ni prononcée ni provoquée de son vivant, peuvent attaquer ces actes pour cause de démence, sans avoir besoin de tirer de l'acte même qui est attaqué la preuve de la démence. Ajoutons que, les faits qui constituent la démence n'étant pas du nombre de ceux auxquels s'applique l'obligation de se procurer une preuve littérale, et la loi à cet égard n'ayant rien dit, la preuve pourra se faire par témoins ou présomptions sans commencement de preuve par écrit. Le contraire, il est vrai, avait été proposé par la section de législation du conseil d'État, qui, dans la deuxième partie de son article 6, renvoyait purement et simplement à l'article 17 du titre de l'interdiction, c'est-à-dire à l'article 504. Cette doctrine était plus sévère encore que celle du projet de la commission du gouvernement, qui réservait du moins la preuve testimoniale avec un commencement de preuve par écrit, pour le cas où le donateur n'aurait survécu que six mois à la donation (1). Elle fut combattue dans la discussion, et Cambacérès, notamment, soutint que la première partie de l'article, qui forme aujourd'hui seule l'article 901, *contenait une règle simple qui suffisait, et que le reste devait être abandonné aux tribunaux*. Tronchet, il est vrai, voulait qu'on n'admît *pas toutes sortes de preuves contre un testateur qui n'est plus;* mais lui-même pensait que l'article du titre de l'interdiction devait être réformé, et qu'on devrait dans tous les cas se contenter d'un commencement de preuve par écrit, qui pourrait au surplus être pris ailleurs que dans l'acte attaqué.

(1) Projet de la commiss. du gouvernement. Liv. III, tit. IX, art. 4. (Fen., t. 2, p. 275.)

Un autre opinant, Emmery, dit que l'article 17 du titre de l'interdiction ne concerne ni les donations ni les testaments. Après quoi la première partie de l'article fut adoptée, et la seconde ajournée jusqu'après un nouvel examen de l'article 17 du titre de l'interdiction (1). Ce nouvel examen n'eut pas lieu, mais dans la rédaction suivante (3 germinal an XI) la deuxième partie de l'article 6 ne reparut pas, et cet article fut adopté sans discussion, dans les simples termes qui composent aujourd'hui notre article 901. Maintenant, si l'on considère que, dans la discussion qui a amené d'abord l'ajournement et par suite la suppression de la deuxième partie de l'article 6, personne n'a défendu l'application pure et simple de l'article de l'interdiction, tel qu'il est en définitive demeuré, on doit rester convaincu que la volonté du législateur a été que cet article, aujourd'hui l'article 504, ne servît pas de règle en matière de donation ou de testament, et l'on ne peut douter que l'intention n'ait été d'adopter purement et simplement la pensée de Cambacérès (2).

17 *bis*. III. De ce qui précède, il résulte qu'indépendamment du fait d'interdiction prononcée ou provoquée, la question de démence du donateur ou testateur peut toujours être élevée. Mais de là, je crois, on aurait tort de conclure que, l'article 901 devant seul servir de règle en cette matière, l'interdiction prononcée n'aurait pas à l'égard des donations ou des testaments l'effet qui lui est attribué généralement pour tous les actes (3), et qu'il serait permis, nonobstant l'article 502, d'examiner si le testament ou la donation fait postérieurement à l'interdiction ne l'a pas été dans un intervalle lucide. Ce serait distinguer où la loi ne distingue pas, et cela pour arriver à une conséquence contraire à l'esprit du législateur; car ce qu'a voulu le législateur dans l'article 901, c'est de protéger plus efficacement les familles en leur facilitant, indépendamment du fait d'interdiction, l'attaque des donations ou testaments; mais ce n'est certes pas une raison pour affaiblir à l'égard de ces actes, les plus préjudiciables de tous, la protection qu'il accorde à la personne elle-même et à ses héritiers par la mesure préservatrice

(1) V. Proc.-verb. C. d'Ét.; séance du 14 pluv. an XI. (Fen., t. 12, p. 296 et 297.)

(2) V. dans ce sens, C. c. Rej. 29 nov. 1810. (P. t. 29, p. 241); id. 26 mars 1822 (P. t. 64, p. 49); id. 22 nov. 1827. (P. t. 81, p. 343).

(3) V. ci-dessous n° 21 *bis*. II.

de l'interdiction. J'admets bien, il est vrai, par des motifs tout spéciaux, que la nullité prononcée par l'article 502 n'aurait pas d'application au mariage ou à la reconnaissance d'enfants naturels (1). Mais il n'y a aucun motif spécial pour étendre cette exception aux donations et testaments. Il va sans dire, au reste, qu'en déclarant applicable aux donations et aux testaments la disposition générale de l'article 502, on n'entend point abuser des termes de cet article qui comprennent à la fois et le cas d'interdiction et celui de nomination d'un conseil judiciaire, pour faire résulter de la simple nomination de conseil la nullité d'un testament. Il est bien clair, en effet, que la nullité des actes faits par la personne pourvue d'un conseil ne s'applique qu'aux actes pour lesquels l'assistance du conseil est requise par les articles 499 et 513; or le testament n'est pas compris dans cette catégorie. Mais je dirais autrement de la donation entre-vifs, car c'est une aliénation.

Il est donc bien entendu que l'interdiction du donateur ou du testateur dispense d'examiner s'il était ou non sain d'esprit quand il a fait l'acte postérieurement à son interdiction, et avant qu'il en eût obtenu mainlevée. Par la même raison, je comprendrais sans difficulté la donation et le testament parmi les actes dont la loi du 30 juin 1838 autorise l'attaque, par cela seul que leur auteur était placé dans un établissement d'aliénés (d. l. art. 39).

17 *bis*. IV. Mais quand, indépendamment du fait d'interdiction, la question de l'état mental du donateur ou testateur sera élevée par application de l'article 901, ce qu'on devra rechercher, ce ne sera pas si celui-ci était au temps de l'acte dans un état habituel de démence, mais bien s'il était sain d'esprit au moment où il a agi. Peut-être, cependant, la preuve de l'état habituel suffirait-elle pour dispenser les demandeurs d'établir précisément que l'acte a été fait sous l'empire de la démence actuelle, parce que l'état habituel suffirait pour le faire présumer (2). Du moins le déciderais-je ainsi sans difficulté par application ou par argument de l'article 503, si la confection de l'acte avait été suivie d'interdiction; auquel cas il n'y aurait pas même lieu ici d'examiner si l'état habituel était notoire, car cette condition ne me paraît prescrite que dans l'in-

(1) V. t. 2, n° 274 *bis*. IV.

(2) V. à ce sujet C. c. Rej. ch. inst. 26 février 1838. (P. 1838-1-272).

térêt de ceux qui ont contracté à titre onéreux avec la personne en démence. Mais, évidemment, dans tous les cas, les adversaires seraient admis à prouver que la personne, malgré son état habituel, était saine d'esprit quand elle a disposé, et l'annulation alors ne serait pas prononcée.

17 *bis*. V. J'ai indiqué comme seconde conséquence du principe proclamé par l'article 901 la faculté de fonder l'attaque des donations ou testaments sur un dérangement ou trouble d'esprit insuffisant pour motiver une interdiction. Cela s'appliquerait d'abord au cas de démence accidentelle avec lequel il faudrait confondre le cas de délire et même le cas d'ivresse. Mais j'applique également ma proposition à un trouble d'esprit causé par une passion violente, comme la colère ou la haine aveugle, et aussi au cas où l'esprit du donateur ou testateur aurait été tellement dominé par une influence étrangère, que son acte ne pourrait passer pour l'expression de sa propre volonté.

Cette doctrine, comme on voit, autorise jusqu'à un certain point contre les donations ou testaments l'exercice de l'action *ab irato* et les attaques pour suggestion ou captation. La loi, en effet, n'a pas consacré l'exclusion formelle que donnait à ces actions le projet de Code (1). Mais c'est à dessein sans doute qu'on n'en a pas non plus explicitement réservé l'exercice, dans la crainte d'encourager par là les attaques trop fréquentes des héritiers. Quoi qu'il en soit, il est certain que la colère ou la haine ne pourront en elles-mêmes servir de base à l'attaque; il faudra qu'elles aient été portées au point d'enlever la liberté d'esprit et d'aveugler la raison. Quant à la suggestion ou à la captation, il est clair d'abord qu'on ne saurait appeler ainsi l'influence légitime qu'une personne aurait exercée sur une autre par de sages conseils ou d'honorables services; bien plus, et quand même les motifs d'influence seraient moins purs, il serait bien difficile que cette influence fût considérée comme attentatoire à la volonté, s'il n'a été pratiqué des manœuvres soit pour tromper la personne, soit pour l'effrayer; or il n'y a que cette supposition qui puisse faire rentrer la question sous l'empire de l'artice 901. Aussi tient-on généralement que la suggestion ou

(1) V. projet de la commiss. du gouvernement, liv. III, tit. IX, art. 4. (Fen., t. 2, p. 275.)

la captation ne constituent une cause de nullité qu'autant qu'elles ont été accompagnées de dol et de fraude.

18. La volonté, fût-elle certaine, serait inefficace si elle n'était soutenue de la capacité. La capacité n'est pas moins exigée pour recevoir que pour donner. Au reste, quelque distinction qu'on eût pu faire, à cet égard, entre les dispositions entre-vifs et les dispositions à cause de mort, notre Code confère ou reconnaît, en général, à toute personne la capacité de donner et de recevoir, soit par donation, soit par testament. D'après ce principe, c'est la capacité qui forme le droit commun, au moins pour les personnes régies par la loi française ; l'incapacité est l'exception qui doit résulter d'une disposition particulière. V. art. 902.

18 *bis*. En ce qui concerne les donations entre-vifs, la règle de notre article 902 n'est que déclarative d'un principe de droit naturel. Mais il en est autrement à l'égard des testaments, car le pouvoir de tester a toujours passé pour une concession du législateur, à qui seul dès lors il appartient de conférer la capacité. Aussi tenait-on autrefois que les étrangers, qui jouissent des effets du droit naturel, pouvaient donner ou recevoir entre-vifs des biens situés en France, mais qu'ils ne pouvaient, en principe, ni disposer ni recevoir par testament. Il est vrai que la loi des 8-15 avril 1791 avait formellement conféré aux étrangers le pouvoir de recevoir et de disposer par tous les moyens autorisés par la loi ; et comme le Code, dans l'article 912, ne leur refuse que la capacité de recevoir, il est permis d'en conclure qu'il entend leur conserver non-seulement le pouvoir de donner entre-vifs qui ne leur avait jamais été contesté, mais aussi celui de tester, qu'ils tenaient de la loi de 1791. On peut donc soutenir que, dans sa généralité, l'article 902 comprend les étrangers comme les Français, et invoquer même pour le prouver l'article 912, qui n'aurait pas besoin de leur refuser expressément la capacité de recevoir, si la règle générale de capacité proclamée par l'article 902 ne leur était pas applicable. A tout cela pourtant on pourrait répondre que la loi française est faite pour les Français, et que les facultés qu'elle proclame ne deviennent point pour cela applicables aux étrangers, qui peuvent seulement,

s'il y a lieu, les réclamer comme effets du droit naturel. S'il en est ainsi, il faut dire que les étrangers ne sont pas compris dans la règle générale de capacité formulée par l'article 902. Ils ne pourraient donc ni tester ni recevoir par testament; mais ils auraient, en vertu du droit naturel, la capacité de donner entre-vifs, et auraient pu également prétendre à celle de recevoir à ce titre, si l'article 912 ne s'était pas expliqué en sens contraire; ce qui suffirait pour justifier l'utilité de cet article. Vainement dirait-on que le pouvoir de tester avait été conféré aux étrangers par la loi de 1791, et qu'aucune disposition du Code ne l'a retiré; car il est certain que le système général de faveur accordée aux étrangers par la législation de 1791 a été abandonné par le Code civil, qui, dans l'article 11, lui a substitué le principe de réciprocité, en ne laissant subsister pour les étrangers en dehors de ce principe que les effets du pur droit naturel. Enfin, pour prouver que les étrangers, sous l'empire du Code civil, n'avaient pas indistinctement le pouvoir de disposer, on peut citer le texte même de la loi du 14 juillet 1819, qui, revenant au système de 1791, et dérogeant à cet égard au Code civil, leur confère expressément, outre le pouvoir de succéder et de recevoir, celui de *disposer* (V. ladite loi, art. 1). Ces raisons, je dois le dire, me paraissent graves, et me laisseraient au moins des doutes sur l'exactitude de la doctrine contraire admise par moi-même dans les volumes précédents (1). Quoi qu'il en soit, la question, comme on voit, n'a plus d'intérêt pour l'avenir à l'égard des étrangers ordinaires, puisque le droit de tester, s'il ne leur appartenait pas en vertu de l'article 902, leur appartient certainement aujourd'hui, en vertu de la loi de 1819. Mais la question subsisterait encore à l'égard du Français naturalisé sans autorisation, que le décret du 26 août 1811 considère comme ayant

(1). V. t. 1, n° 27 *bis*. V et VI; t. 3, n° 33 *bis*. I. Je remarque, au reste, que le nouveau point de vue auquel je me place pour refuser aux étrangers la capacité de tester ne m'amène pas nécessairement à reconnaître également l'existence du droit d'aubaine au préjudice des héritiers français. Car c'est là un droit exorbitant, qui, une fois aboli, aurait eu besoin pour revivre d'un texte formel; tandis que la capacité de tester, n'étant qu'un bénéfice du droit civil, devait en principe être refusée aux étrangers. Ajoutons que le refus du pouvoir de tester est dans l'intérêt des parents légitimes, intérêt que le droit d'aubaine, au contraire, sacrifiait à celui du fisc.

perdu ses droits civils en France (d. d. art. 7), perte qui, selon nous, doit emporter privation du droit de tester.

19. Les causes d'incapacité s'appliquent diversement à la faculté de donner et à celle de recevoir. L'incapacité, d'ailleurs, est absolue ou relative, suivant qu'elle existe à l'égard de tous, ou qu'elle a lieu seulement entre certaines personnes.

20. Il est des personnes qui ne peuvent absolument donner, par quelque acte et à quelque personne que ce soit.

La loi établit ici en principe ce genre d'incapacité contre le mineur âgé de moins de seize ans. Toutefois la faveur due aux dispositions entre époux, au moins lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage, fait déroger à la sévérité de cette règle, comme on l'expliquera au chapitre IX. V. art. 903.

20 *bis*. L'exception indiquée ici par le renvoi au chapitre IX consiste certainement dans la faculté accordée au mineur de tout âge de donner à son conjoint, par contrat de mariage, tout ce qu'il pourrait donner s'il était majeur, sous la seule condition d'agir avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (V. art. 1095; *jung.* art. 1309 et 1398). Il y a bien là, en effet, dérogation formelle au principe d'incapacité absolue posé par notre art. 903. Mais de ce que, dans le même chapitre, la loi règle aussi, quant à leur étendue (art. 1094) et quant à leur effet (art. 1096), les donations faites entre époux pendant le mariage, sans s'expliquer aucunement d'ailleurs sur la question de capacité, il faut bien se garder de conclure qu'elle confère aux époux cette capacité en dehors des règles ordinaires. Ainsi l'art. 903 reste à cet égard purement et simplement applicable au mineur âgé de moins de seize ans.

Quant au mineur au-dessus de seize ans, il est clair, quoique l'art. 904 ne répète pas le renvoi fait par l'article précédent au chapitre IX, qu'il pourra aussi donner par contrat de mariage, conformément à l'art. 1095; mais, hors ce cas, il faudra s'en tenir purement et simplement aux termes de la loi, qui déclare qu'il ne peut disposer que par testament et dans la limite fixée.

21. Cette incapacité entière est prononcée ailleurs contre

les condamnés à des peines afflictives perpétuelles (loi du 31 mai 1854, art. 3). Elle me paraît aussi être la conséquence nécessaire de l'interdiction (art. 502).

21 *bis*. I. En abolissant la mort civile, et en n'appliquant plus aux condamnés à des peines afflictives perpétuelles que la dégradation civique et l'interdiction légale, conséquences ordinaires des condamnations à des peines afflictives, la loi du 31 mai 1854 a cependant consacré comme rigueur particulière contre les condamnés à des peines perpétuelles les incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit qui résultaient de la mort civile. Ces incapacités, qui, sous l'empire de la loi abrogée, ne commençaient qu'avec la mort civile elle-même, c'est-à-dire, pour les condamnations contradictoires, au moment de l'exécution (art. 26), et pour les condamnations par contumace, cinq ans après l'exécution en effigie (art. 27), s'encourent aujourd'hui, comme la dégradation civique (V. C. pén. 28), par le seul effet de la condamnation contradictoire devenue irrévocable. Mais, à la différence de la dégradation civique, qui, en cas de condamnation par contumace, commence du jour de l'exécution par effigie, la loi n'applique les incapacités dont il s'agit que cinq ans après cette exécution (V. L. 3 mai 1854, art. 3). Ainsi, sur ce dernier point, elle s'attache à la règle qui était établie pour la mort civile.

Mais est-ce à dire qu'après les cinq ans ces incapacités soient aussi définitivement encourues pour les actes passés ou les droits ouverts sous leur empire, que l'était alors la mort civile, et doit-on à cet égard considérer comme maintenue la disposition rigoureuse de l'art. 30, qui laissait subsister les effets produits par cette mort dans le cas même où le condamné, comparaissant ensuite, et jugé de nouveau, rentrait pour l'avenir dans la plénitude de ses droits civils ? On peut le prétendre par argument d'analogie avec la législation précédente, et insister principalement sur le peu d'intérêt qu'il y aurait eu autrement à suspendre les incapacités pendant cinq ans; car si elles ne doivent avoir qu'un effet provisoire et subordonné à l'événement ultérieur du maintien ou de l'anéantissement de la condamnation, pourquoi retarder cet effet provisoire, qui en définitive ne devra atteindre que le coupable irrévocablement jugé tel? Toutefois, je crois qu'à défaut d'une disposition expresse,

comme l'était celle de l'art. 30, les incapacités suite de la condamnation doivent s'anéantir par l'anéantissement de cette condamnation; et j'en conclus que la comparution volontaire ou forcée dans les vingt ans doit les effacer rétroactivement, surtout si le jugement qui suivra cette comparution ne prononce pas une peine de nature à les entrainer. Cela, au reste, est parfaitement conforme à l'esprit de la loi, car elle ne base ces incapacités que sur l'indignité de la personne (1); or, évidemment, cette base manque quand la condamnation ne subsiste pas. Maintenant on pourrait être tenté d'accorder à la mort du condamné dans les vingt ans le même effet qu'à la comparution, car, dirait-on, tant que la condamnation n'est pas définitive, la présomption d'innocence n'est pas détruite, et l'on doit supposer favorablement que le condamné, s'il eût vécu, aurait purgé sa contumace. Mais ce serait, je crois, aller trop loin, car il n'existe aucun texte qui attribue à la mort dans les vingt ans l'effet d'anéantir la condamnation. Si donc cette mort survient après que la condamnation par contumace a produit les incapacités que la loi y attache, c'est dans l'état d'incapacité que la personne en est atteinte, et rien ne peut s'opposer aux conséquences produites par cet état, c'est-à-dire à la nullité des actes faits par l'incapable ou en sa faveur depuis l'expiration des cinq ans. Dans ce système, au reste, on comprend l'utilité du délai de cinq ans, car il tend à préserver d'incapacité le condamné qui meurt avant son expiration.

21 *bis*. II. L'incapacité de l'interdit est générale et sans exception. Il n'était donc besoin d'aucune disposition spéciale pour en faire l'application aux donations et testaments. Le législateur, au contraire, a dû s'expliquer ici sur l'incapacité du mineur et sur celle de la femme mariée, car leur application en cette matière est soumise à des distinctions et à des règles particulières.

Cela posé, on ne peut argumenter du silence de la loi pour refuser ici à l'interdiction son effet ordinaire. Cet effet, au reste, n'a rien de commun avec la disposition de l'art. 901, car cet article subordonne le sort de l'acte au fait que le donateur ou testateur était ou n'était pas sain d'esprit quand il a donné ou testé, au lieu que l'état d'interdiction dispense d'entrer dans l'examen de cette

(1) V. le rapport de M. Riché (annexe au procès-verbal de la séance du 24 avril 1854).

question de fait, et produit la nullité de l'acte postérieur à la sentence, quand même il serait fait dans un intervalle lucide ou après que la personne dont l'interdiction n'est pas levée avait recouvré la raison (1).

Je crois, au reste, que l'interdiction légale du condamné à une peine afflictive produit en général tous les mêmes effets que l'interdiction judiciaire (2). Ainsi, dans mon système, elle emporte incapacité de donner ou de tester (3). Je dois dire pourtant qu'aux objections faites contre ce système, il s'en joint une nouvelle tirée de la loi du 31 mai 1854, qui, en appliquant aux condamnés à perpétuité l'interdiction légale (art. 2), les frappe spécialement par l'art. 3 de l'incapacité de donner et de tester. Mais cet argument, qui, je crois, ne déterminerait personne à reconnaître à l'interdit légalement la capacité de donner entre-vifs, ne me paraît pas plus déterminant pour lui faire reconnaître celle de tester. Ce que la loi a voulu en établissant l'incapacité dont il s'agit, c'est que le condamné en soit frappé indépendamment de l'interdiction légale, si bien que l'effet de cette incapacité s'applique au testament fait avant la condamnation, et qu'elle atteigne même, non pas, il est vrai, immédiatement, mais après cinq ans, le condamné par contumace; or ni l'une ni l'autre de ces conséquences ne serait produite par l'interdiction légale, dont les effets se bornent à la durée de la peine (4).

Remarquons, au surplus, que ni l'interdiction judiciaire ni l'interdiction légale ne s'opposeraient à ce qu'il fût fait au nom de l'incapable un avancement d'hoirie pour le mariage (ajoutons, et plus généralement (5), pour l'établissement) de ses enfants (Voir art. 511).

(1) V. ci-dessus nº 17 *bis*. III.

(2) V. t. 1, nº 72 *bis*. I.

(3) V. au contr. C. R. Rouen, 28 décembre 1822. (J. P. t. 65, p. 370). C. R. Nîmes, 16 juillet 1835. (Dev. 1835. II, 485.) M. Demol., t. 1, nº 192.

(4) Il est vrai que dans mon premier volume j'ai décidé, contrairement à ce que je dis ici, que les condamnés par contumace sont frappés d'interdiction légale (t. 1, nº 61 *bis*, I, et 72 *bis*, III). Mais c'est là une erreur que j'ai déjà rétractée dans mon enseignement oral, et je saisis avec empressement l'occasion qui m'est ici offerte de publier cette rétractation.

(5) V. t. 2, nº 283 *bis*. I.

21 *bis*. III. La loi ne s'explique pas non plus ici sur l'incapacité du prodigue ou du faible d'esprit placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire. Toute la question est donc de savoir si cette incapacité résulte des art. 499 et 513, qui déterminent l'effet de cette mesure. Or ni la donation ni le texte même ne sont nominalement compris parmi les actes énumérés par ces articles.

Toutefois, je crois que la donation entre-vifs est impossible à cause de la prohibition d'aliéner. Quant au testament, il n'emporte pas proprement aliénation, puisqu'il ne dépouille pas la personne et ne transmet ses biens qu'après que la mort l'en a déjà dépouillée. Il est évident, d'ailleurs, que le testament ne pouvait être compris parmi les actes que les articles cités soumettent à l'approbation d'un conseil, car le testament par sa nature n'admet pas le concours d'une volonté étrangère. Si le prodigue ou le faible d'esprit ne pouvait tester seul, il ne le pourrait pas du tout, et ainsi il y aurait dans ce cas pour le testament une interdiction absolue qui n'existe pour aucun autre acte. Concluons que la personne dont il s'agit peut tester, mais sauf l'application de l'art. 901.

22. Il est d'autres personnes qui, également incapables de donner entre-vifs, sont cependant capables de tester.

1° Le mineur parvenu à l'âge de seize ans. La loi, attentive surtout à ce qu'il ne puisse se nuire, lui permet alors, non de se dépouiller lui-même, mais de dépouiller ses héritiers dans une certaine mesure, fixée à la moitié de ce qui serait disponible pour le majeur. V. art. 904.

22 *bis*. I. Il eût été bien rigoureux de refuser absolument à un mineur, arrivé à l'âge où les facultés morales et intellectuelles ont acquis un développement suffisant, tout moyen d'acquitter une dette de reconnaissance ou de satisfaire à un sentiment de généreuse, si ce n'est de pieuse affection. Ce n'était pas sans doute une raison pour permettre au mineur de se dépouiller actuellement et irrévocablement par des donations entre-vifs, qu'il sera maître de faire plus tard, avec plus de réflexion, s'il survit à sa majorité. Mais c'en était une pour lui permettre, en vue de la mort qui va le frapper avant le temps, de disposer d'une partie de sa succession. Quant à la légèreté de son âge qui l'expose à la séduction, on ne doit pas

trop s'en effrayer, car la pensée de la mort qui accompagne et dicte le testament est bien propre à tempérer cette légèreté; et la loi, du reste, s'en préoccupe suffisamment en renfermant, comme elle le fait, dans une mesure plus étroite les libéralités ici autorisées.

22 *bis*. II. Le droit de tester n'est accordé au mineur que lorsqu'il est *parvenu à l'âge de seize ans;* mais la loi ne dit pas, comme elle a soin de le faire dans d'autres articles établissant une limite d'âge (1), si les seize ans doivent être accomplis ou seulement commencés. Et comme il s'agit d'une faveur, on serait peut-être tenté d'invoquer ici la maxime *annus incœptus pro completo habetur*. Mais d'abord on peu parfaitement contester, *a priori*, l'autorité de cette maxime, et il est facile de se convaincre que dans le droit romain elle n'était pas d'une application constante (2). Quoi qu'il en soit à cet égard, rien dans notre Code n'annonçant l'intention de la consacrer, il n'en faut tenir aucun compte, et les termes de la loi doivent être pris purement et simplement dans leur sens naturel. Or il est certain que celui qui entre dans sa seizième année n'a point vécu seize ans, qu'il n'est donc point encore vraiment parvenu à l'âge de seize ans, et qu'il reste conséquemment frappé de l'incapacité entière prononcée par l'art. 903 contre le mineur *âgé de moins de seize ans*.

22 *bis*. III. Le droit de tester n'appartient au mineur âgé de seize ans que *jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer;* c'est la moitié du tout, s'il n'y a point d'héritiers à réserve (V. art. 916); mais dans le cas contraire, c'est la moitié seulement de la quotité disponible (V. art. 913 et 915). Dans tous les cas, la limitation à la moitié de ce dont le majeur pourrait disposer est une règle de capacité dont l'application doit se faire au moment même de la confection de l'acte (3), et qui devrait conséquemment borner les effets de cet acte, quand même le testateur, soit en vertu d'une loi nouvelle, soit par son

(1) V. art. 144, 148, 152, 156, 159, 173, 374, 376, 377, 388, 477, 478, 488, 2066.

(2) V. d'une part, *Ulp.* L. 49, ff. *De legat.* 1°; *Marcell.* L. 48, *De cond. et dem.; Alex.* L. 5, Cod., *Quand. dies leg.*; et d'autre part, *Paul*, L. 74, § 1, ff. *Ad sen. Treb.*

(3) V. ci-dessous, n° 36.

arrivée à la majorité, aurait acquis postérieurement une capacité plus grande.

Mais la fixation de la quotité disponible ne devant se faire qu'à la mort, suivant la législation lors existante, et eu égard à la qualité des héritiers *laissés* par le défunt (V. art. 920), ce principe servira à déterminer le *quantum* de ce dont le mineur aura par événement été capable de disposer.

Ainsi, quelle que fût, au moment où il a testé, la qualité de ses héritiers présomptifs, le legs universel qu'il aura fait vaudra, non pour la moitié de ce qui aurait été disponible s'il était mort immédiatement, mais pour la moitié de ce qui se trouvera effectivement disponible au jour de sa mort.

22 *bis*. IV. L'incapacité dont est frappé le testateur profite aux héritiers légitimes par voie de conséquence, comme leur profiterait le défaut de disposition, si le *de cujus* était mort *intestat*. On le voit, ce n'est pas là une réserve établie pour eux en considération de leur titre, et basée, comme l'est la réserve ordinaire, sur les obligations que ce titre imposait au défunt. C'est purement et simplement le droit de succession applicable aux parents quelconques qui se trouvent en ordre, droit qui s'exercerait même, s'il y avait lieu, par des successeurs irréguliers.

Cela posé, il semblerait que la répartition de la moitié, dont la disposition est ici interdite au mineur, ne devrait pas offrir plus de difficulté que n'en offrirait la répartition du tout, si la succession entière était déférée *ab intestat*. Et toutefois cette difficulté existe lorsque, la succession étant dévolue à des héritiers à réserve et à des héritiers ordinaires, la part héréditaire revenant aux premiers *ab intestat* comprend à la fois leur réserve et une partie de la quotité disponible (1). Alors, en effet, il s'agit de savoir si la succession légitime formée de la réserve et de la portion de quotité disponible rendue indisponible par l'incapacité du testateur ne devra faire qu'une seule masse, partageable par moitié entre les

(1) Le cas unique est celui où, à défaut de descendants et de frères et sœurs ou neveux, la succession se divise par moitié entre les deux lignes, dans l'une desquelles seulement il y a des ascendants. (V. art. 753, 915.) Quant à la part des père et mère en concours avec les frères, sœurs ou neveux, elle ne dépasse pas leur réserve (conf. art. 748, 749 et 915), et ne peut, dès lors, s'augmenter par l'effet de l'incapacité dont il frappe le mineur.

ascendants d'une ligne, héritiers à réserve, et les collatéraux de l'autre, héritiers ordinaires; ou si, au contraire, parce que la réserve des ascendants leur appartient à tout événement, et indépendamment de l'incapacité du testateur, on ne doit pas leur attribuer d'abord cette réserve, et, répartissant ensuite entre eux et les collatéraux de l'autre ligne la portion de quotité disponible dont le défunt incapable n'a pu disposer, opérer cette répartition en proportion de ce que chacun aurait pris *ab intestat* dans la quotité disponible entière? On le voit, dans l'hypothèse, la quotité disponible pour le mineur étant de 3/8 au lieu des 3/4, de 5/8 restant à partager entre les ascendants et les collatéraux, le premier système donnerait purement et simplement à chaque ligne 5/16: l'autre, au contraire, donnerait aux ascendants 3/8 et aux collatéraux de l'autre ligne un quart.

Le premier système est le plus simple et, je dirai, le plus conforme à la lettre de la loi, qui, ne contenant sur la répartition dont il s'agit aucune disposition particulière, semble par là même s'en référer tacitement à l'application de l'art. 753. Ce système, en effet, est le plus généralement suivi (1). Mais l'autre pourtant, enseigné par Delvincourt et Merlin (2), me paraît plus rationnel et plus conforme à l'esprit de la loi. En effet, c'est l'existence d'héritiers à réserve qui fait réduire à la moitié de la quotité disponible la capacité du mineur et l'empêche de s'étendre à la moitié de la succession entière. Pourquoi donc ces héritiers ne profiteraient-ils pas seuls de ce bénéfice? et pourquoi les collatéraux d'une ligne auxquels l'art. 904 n'attribuerait qu'un quart, s'il n'y avait pas d'ascendants dans l'autre ligne, pourraient-ils prétendre à une part plus forte à cause de l'existence de ces ascendants? On peut objecter, je le sais, qu'il y aurait lieu à partage égal entre les deux lignes (sauf dans tous les cas l'intégrité de la réserve due aux ascendants), si le défunt majeur et capable de disposer des 3/4 n'avait disposé que d'une quotité moindre, *puta* des 3/8. Or qu'importe, dit-on, que les 5/8 restant dans la succession s'y trouvent, parce que le défunt n'a pas pu en disposer, ou qu'ils s'y trouvent parce qu'il n'en a pas effectivement disposé? Mais cette objection ne m'arrête pas.

(1) V. Toullier, t. 5, nº 117; Grenier, t. 2, n. 583 *bis* et suiv., Duranton, t. 8, nº 193; Zachariæ et ses annotateurs, t. 5, § 688; Marcadé sur l'art 916, II.

(2) Delv., t. 2, p. 61, nº 4, Merlin, Répertoire; *verb.* Réserve, t. 1, § 2, XII.

Car évidemment, lorsque le défunt a borné à 3/8 la disposition qu'il pouvait faire des 3/4, rien ne me prouve qu'il l'eût fait plutôt en considération de ses héritiers à réserve qu'en considération de ses autres héritiers. Mais quand le législateur, qui, en principe, permettrait au mineur de disposer de la moitié de tous ses biens, borne cette faculté à la moitié du disponible, uniquement parce qu'il y a des héritiers à réserve, il est tout naturel de croire qu'il ne l'a fait qu'en vue de ces héritiers et pour les en faire profiter.

22 *bis*. V. Le même ordre d'idées m'amène à décider, à plus forte raison, que le mineur ayant pour héritiers un ou plusieurs ascendants en concours avec des collatéraux, peut valablement léguer par préciput à ses ascendants la moitié, non pas seulement de la quotité disponible, mais de tous ses biens. Car c'était uniquement dans l'intérêt des ascendants qu'était établie la réserve, et il serait absurde que cette réserve tournât contre eux pour les empêcher de recevoir, au préjudice des parents de l'autre ligne, tout ce qu'on aurait pu leur léguer si, au lieu d'être ascendants, ils étaient de simples collatéraux. Ma pensée est toujours que les collatéraux ne peuvent pas se prévaloir de la qualité des autres cohéritiers, pour avoir plus qu'ils n'auraient s'ils étaient en concours avec des héritiers d'une autre qualité. Vainement les collatéraux de l'autre ligne invoqueraient-ils les termes de l'art. 904, qui réduit la capacité du mineur à la moitié *de ce dont la loi permet au majeur de disposer;* car on leur répondra que la loi qui défend de disposer de la totalité au préjudice des héritiers à réserve n'apporte aucune limite aux dispositions faites en leur faveur, parce qu'il leur est toujours permis de ne point invoquer leur droit à la réserve, et que ce droit ne peut surtout être invoqué contre eux (1).

23. 2° La femme mariée. Le respect dû à la puissance maritale ne pouvait lui permettre une aliénation actuelle sans autorisation du mari ou de justice (v. art. 217, 219); mais aucune raison ne devait lui faire interdire la faculté de disposer pour le temps où cette puissance ne subsistera plus (art. 226). V. art. 905.

(1) V. dans ce sens, Aix, 9 juillet 1838. (P. 1838-2-438).

24. Celui qui n'existe pas au moment de l'ouverture d'un droit ne saurait être capable de le recueillir. On a déjà vu l'application de ce principe au droit de succéder (art. 725; v. tom. 3, nos 26-32). Pour recevoir donc, soit par donation, soit par testament, il faut être au moins conçu; et le fait même de la conception ne suffirait pas si l'enfant ne naissait ensuite viable. Du reste, la nature diverse de la donation et du testament explique assez pourquoi, dans un cas, la conception de l'enfant est exigée lors de la confection de l'acte, tandis que, dans l'autre, on s'attache à l'époque de la mort du disposant. V. art. 906.

24 *bis*. I. La donation entre-vifs n'est parfaite que par l'acceptation. Toutefois la volonté de donner, manifestée dans la forme légale, est réputée durer jusqu'à révocation; d'où la faculté d'accepter par acte séparé (art. 932). Il est évident alors que c'est au moment de l'acceptation qu'est requise l'existence du donataire, et qu'il n'y aurait pas plus de raison pour exiger sa conception au moment de la pollicitation, improprement appelée donation, que pour exiger celle du légataire au moment de la confection du testament. Cela posé, il est certain qu'on peut toujours utilement faire dresser, dans la forme légale, un acte portant donation entre-vifs ou testamentaire en faveur d'un enfant non conçu. Mais pour que cet acte produise effet, il faudra que la conception de l'enfant qui naîtra plus tard vivant et viable arrive du vivant du disposant. Cela, au reste, suffira pour faire ouvrir le droit au legs. (V. art. 1014.) Mais bien entendu que, pour la donation qui n'est pas acquise sans acceptation, il faudra de plus que cette acceptation soit faite du vivant du donateur au nom de l'enfant conçu. Nous verrons plus bas (1) : 1° si c'est seulement l'acceptation ou si ce n'est pas aussi la notification qui doit avoir lieu du vivant du donateur; 2° par qui peut être faite au nom de l'enfant conçu, soit l'acceptation, soit la notification.

24 *bis*. II. L'incertitude de l'époque de la conception donne lieu ici aux mêmes questions qu'en matière de succession. Ces questions doivent en général se résoudre par les mêmes principes. Ainsi il

(1) V. ci-dessous nos 71 *bis*. VIII, IX, X, XI. 74 et 74 *bis*. IV.

est bien entendu qu'ici, pas plus que là, les présomptions légales établies au titre de la paternité et de la filiation n'ont d'application directe, si ce n'est :

1° Pour la détermination du *minimum* et du *maximum* de la durée de gestation;

2° Pour faire nécessairement réputer l'enfant conçu au moment de l'acceptation de la donation ou de l'ouverture du legs, quand cette acceptation ou cette ouverture sont postérieures à la mort de celui que la loi lui donne pour père.

Mais toutes les fois que, sans admettre une gestation plus longue ou plus courte que la loi ne le permet, et sans contredire la présomption de légitimité de l'enfant, la supposition de conception antérieure ou postérieure sera possible, les juges devront se déterminer sur ce point par les circonstances du fait. Tout cela, comme on voit, est parfaitement conforme à la doctrine que j'ai suivie en matière de succession (1). Mais cette identité de principes sur le genre de preuves admissibles n'entraîne pas identité d'application en ce qui concerne le fardeau de la preuve. C'est certainement à l'enfant, tenu de prouver son existence en temps utile, que ce fardeau doit ici incomber, car les termes de l'art. 906 n'autorisent point, comme ceux de l'art. 725, à rejeter sur les adversaires la preuve de la *non-conception* (2). Et, d'autre part, la considération qui milite en faveur d'un parent en ordre successible, et qui, dans le doute, doit empêcher de le faire exclure par des parents de même degré ou par des parents plus éloignés; cette considération, dis-je, ne milite point en faveur d'un donataire ou d'un légataire, qui veut se faire préférer aux héritiers légitimes. C'est à ces derniers, en effet, qu'est toujours accordée la faveur dans l'esprit général de notre législation.

24 *bis*. III. Quant à la viabilité, il est certain qu'ici, comme dans tous les cas où cette question doit s'élever, elle doit toujours se présumer à l'égard de l'enfant qui a vécu; à cet égard donc aussi, quant à la manière d'établir la non-viabilité, il y a lieu de se référer purement et simplement à ce que j'ai dit au titre des successions (3).

(1) V. t. 3, n° 32 *bis*. I.

(2) V. t. 3, n°s 30 et 30 *bis*.

(3) Ibid., n°s 30, 32 et 32 *bis*. II.

25. Du même principe résultait l'incapacité du mort civilement (v. art. 25). Depuis l'abolition de la mort civile, la même incapacité est appliquée par la loi nouvelle aux condamnés à des peines afflictives perpétuelles (loi du 31 mai 1854, art. 3; v. ci-dessus n° 21 *bis*. I).

26. Observons ici qu'il ne suffit pas que la personne qui est l'objet de la libéralité existe et soit présente à la pensée du disposant, il faut de plus qu'elle soit connue, et pour cela qu'elle soit indiquée dans l'acte même qui contient la libéralité à son profit. En ce sens, il est vrai de dire qu'on ne peut léguer à une personne incertaine.

26 *bis*. I. Le droit romain voulait dire autre chose quand il défendait de léguer à des personnes incertaines. Il entendait par là des personnes qui n'étaient pas certaines dans la pensée du testateur, *quas incerta opinione animo suo testator subjiciebat, puta* celui qui donnera sa fille en mariage à telle personne, fût-ce même au fils du testateur. (V. *Just.*, § 25, Inst., *De legat.*) Dans cette catégorie se trouvait aussi le posthume externe (*Ibid.*, § 26, Gaius, Inst., II, 241, 242), mais cette rigueur, qui dès avant Justinien avait reçu des adoucissements, n'a point été maintenue par lui (*ibid.*, § 27), et n'a point passé chez nous. Aussi voyons-nous que l'art. 906 n'exige la conception du légataire qu'au temps de la mort du testateur. Mais ce qu'il faut, c'est que la personne du légataire, présente ou non dans son individu à la pensée du testateur, soit révélée par la disposition à ceux qui sont grevés du legs, afin qu'ils puissent vérifier sa capacité.

Ainsi, l'on devrait annuler comme legs à une personne incertaine la disposition qui prescrirait de remettre une chose ou une somme à un tiers, pour être employée par lui suivant des intentions dont il a le secret. Ce tiers, en effet, n'est pas légataire, et l'on ne peut savoir légalement quel est le légataire véritable (1). Peu importerait même que le tiers offrît d'en faire la déclaration, car les héritiers ne sont pas tenus de s'en rapporter à cette déclaration, qui, fût-elle vraie, aurait toujours le tort de ne point émaner du testateur lui-même.

(1) V. C. c. Rej., 12 août 1811. (P. t. 32, p. 499); item, 8 août 1826. (Ibid., t. 77, 329.)

26 *bis*. II. Toutefois nous devons remarquer que notre principe sera facilement éludé, car le testateur qui voudra dissimuler ses véritables intentions pourra léguer en apparence purement et simplement à la personne de confiance qui en a le secret et qui lui promet de les exécuter. Mais si les héritiers soupçonnent qu'il en soit ainsi, ils auront la ressource de faire interroger sur faits et articles le prétendu légataire, ou en tout cas de lui déférer le serment sur la vérité de son titre. Or, évidemment celui-ci ne pourra en conscience prêter ce serment, s'il sait en effet qu'il n'est légataire qu'en apparence. Que si de cette manière la vérité parvient à se faire jour, il s'ensuivra la nullité du legs, sans distinguer si la personne destinée par le testateur à en profiter est capable ou incapable, car dans tous les cas il aura été fait à une personne incertaine, c'est-à-dire non indiquée par le testament.

27. L'influence qu'un tuteur exerce souvent sur son pupille, et dont il pourrait user, même après la fin de la tutelle, pour faire couvrir par des donations les abus de son administration, a dû faire interdire au pupille la faculté de disposer à son profit, non-seulement tant qu'il est mineur, mais tant qu'il n'a pas été éclairé par la reddition du compte. L'incapacité dure jusqu'à l'apurement. Mais il n'y a pas lieu au soupçon, lorsque la qualité du tuteur permet d'attribuer les libéralités à la piété filiale plutôt qu'à la captation. De là l'exception admise en faveur des ascendants. V. art. 907.

27 *bis*. I. La loi n'a pas eu à s'occuper ici du mineur au-dessous de seize ans, qui ne peut aucunement disposer (art. 903). Sa règle s'applique 1° au mineur parvenu à l'âge de seize ans, qui peut en général disposer par testament, mais seulement par testament (art. 904); 2° au mineur devenu majeur, qui est en général capable de disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament. Au premier elle défend de disposer (par testament bien entendu, puisque cette forme seule lui est permise), elle lui défend, dis-je, de disposer au profit de son tuteur. Au second, elle défend de disposer (soit par donation entre-vifs, soit par testament) au profit de son ancien tuteur jusqu'à l'apurement du compte. La première prohibition, relative uniquement au tuteur en fonction, ne s'appliquerait pas à

l'égard de celui qui aurait cessé d'être tuteur pendant la minorité, *puta* s'il a été excusé, ou si le mineur a été émancipé : pourvu donc que son compte soit apuré, rien n'empêchera le mineur encore tel de disposer en sa faveur par testament. Mais bien entendu que la seconde probibition, quoiqu'elle ne s'adresse dans ses termes qu'au mineur devenu majeur, sera ici applicable pour empêcher le mineur de disposer au profit de cet ancien tuteur, tant que son compte ne sera pas apuré.

27 *bis*. II. C'est seulement à la tutelle que se rattachent les deux prohibitions ici établies; ni la raison d'analogie, ni l'autorité de l'ancien droit ne suffiraient pour les étendre à d'autres fonctions ou ministères pouvant faire supposer influence sur la personne du donateur ou testateur. Cette cause d'influence pourrait seulement être prise en grande considération, en cas d'attaque pour suggestion ou captation. Je n'admettrais pas non plus qu'on dût comprendre sous le nom de tuteur pour l'application de notre article soit le subrogé tuteur, soit un tuteur *ad hoc*, car là, évidemment, le motif de l'incapacité n'existe pas; mais j'y comprendrais sans difficulté le tuteur officieux (v. art. 365, 370); j'y comprendrais également et le cotuteur (v. art. 396) et le protuteur (art. 417); car, ceux-là exercent vraiment et indéfiniment les fonctions de tuteur. Je vais plus loin, et parce que les rapports personnels qui naissent de la tutelle sont indépendants de la légalité de sa constitution, je crois que la règle de notre article comprendrait le tuteur de fait; or, dans cette catégorie pourrait presque toujours se placer le second mari de la mère demeurée indûment tutrice, au cas prévu par l'article 395 (1).

La loi au reste n'a parlé ici que de la tutelle des mineurs, et sa disposition ne doit pas s'étendre à celle des interdits. A l'égard de celle-ci, l'incapacité spéciale serait sans objet pendant sa durée si, comme nous le pensons, l'interdit est frappé d'une incapacité générale (2). Quant à l'interdit sorti de tutelle par la mainlevée de l'interdiction, il n'y a pas de raison pour supposer que son ancien tuteur conserve sur lui l'influence qui se présume au contraire si naturellement chez l'ancien tuteur du mineur. Au reste, si le

(1) C. c. cass., 14 décembre 1836 (P. t. 107, p. 109); v. t. 2, n° 144 *bis*. VI.

(2) V. ci-dessus nos 17 *bis*. III, 21 *bis*. II.

législateur en eût jugé autrement, et que, par application du principe posé par l'article 509, il eût voulu étendre au cas d'interdiction l'incapacité dont reste frappé le mineur devenu majeur, il eût dû, pour ce cas, ajouter d'autres exceptions à celle qu'il proclame en faveur seulement des ascendants, et appliquer, à plus forte raison, cette faveur au conjoint ou aux descendants qui peuvent avoir été tuteurs de l'interdit. Or, c'est ce qu'il n'a pas fait, et cette omission prouve bien, selon moi, qu'il n'a pas songé au cas d'interdiction.

27 *bis*. III. L'incapacité du mineur sorti de tutelle subsiste jusqu'à *l'apurement* du compte, c'est-à-dire jusqu'à ce que le compte ait été régulièrement arrêté et le reliquat fixé. L'arrêté de compte serait irrégulier s'il avait eu lieu en contravention à l'article 472, et je n'hésite point à dire qu'il ne ferait pas cesser l'incapacité. Mais si le reliquat a été régulièrement fixé, il n'est pas nécessaire qu'il ait été soldé, et rien n'empêche de faire de ce reliquat même l'objet d'une donation ou d'un legs à l'ancien tuteur.

27 *bis*. IV. Quoique la loi n'ait fixé d'autre limite que l'apurement du compte, je crois cependant que l'incapacité cesserait si l'action de tutelle était prescrite, car l'ancien tuteur n'est plus alors débiteur de compte, et il y a lieu de supposer que si le majeur s'est abstenu d'agir, c'est qu'il a reconnu qu'il ne lui revenait rien. Ajoutons que le long espace écoulé depuis la majorité ne laisse pas place au soupçon d'influence, cause principale de l'incapacité dont il s'agit ici.

28. La différence établie dans l'intérêt des mœurs entre la position des enfants naturels et celle des enfants légitimes ne serait souvent qu'illusoire, s'il était permis aux parents de réparer par des libéralités l'inégalité de leur condition. De là l'incapacité de recevoir dont la loi frappe les enfants naturels à l'égard de leur père et mère. Cette incapacité, du reste, n'est pas entière ; seulement les dons faits aux enfants naturels ne peuvent excéder ce que la loi elle-même leur accorde. V. art. 908 ; et, à ce sujet, art. 757, 758, 762 ; voy. aussi art. 760.

28 *bis*. I. Sous le nom d'enfants naturels, l'article 908 com-

prend évidemment les enfants incestueux ou adultérins, ce qui revient à dire qu'il n'est permis de leur donner ou de leur léguer que pour cause d'aliments (v. art. 762); quant aux enfants naturels simples, le *quantum* des donations ou des legs qui auront pu leur être faits se déterminera, à la mort du donateur ou testateur, selon qu'il aura ou non des héritiers légitimes, et suivant la qualité de ces héritiers. (V. art. 757, 758.) C'est ce qui nous autorisera à dire plus bas que la disposition de notre article, quoique énoncée ici comme règle de capacité, n'est en réalité qu'une règle de disponibilité qui n'a trait, comme telle, qu'au temps de la mort du donateur ou testateur. L'observation, au reste, s'appliquera même en ce qui concerne les enfants incestueux ou adultérins. Car, bien que la mesure des dons ou legs permis à leur égard ne soit pas, comme pour les enfants naturels simples, absolument déterminée par la qualité des héritiers que laissera le donateur ou testateur (qualité pourtant qui doit être prise en considération, art. 763), c'est toujours sur le droit qui leur est accordé dans la succession qu'il faut, par application de notre article, régler ce qui peut leur être donné ou légué. Quoi qu'il en soit, ce point de doctrine paraît d'abord indifférent à constater, parce que les rapports de filiation adultérine ou incestueuse, qui ne sont pas susceptibles de changer, seront toujours, à l'époque de l'ouverture de la succession, ce qu'ils étaient au temps de la confection de la donation ou du testament. Mais on verrait surgir l'intérêt si, dans l'intervalle de la donation ou du testament à la mort, la législation des successions venait à changer, car c'est la loi existante au temps de la mort qui, si notre doctrine est exacte, devrait seule servir de règle pour déterminer ce qui aura pu être donné ou légué aux enfants dont il s'agit.

28 *bis*. II. Puisque c'est seulement à la mort du donateur qu'on pourra reconnaître si et jusqu'à quel point la donation entre-vifs est excessive, il paraît naturel d'en conclure que jusque-là l'effet de la donation doit subsister. Cela est incontestable pour les enfants naturels simples, car on ne peut savoir si par événement l'enfant ne sera pas appelé à recueillir la succession entière. (V. art. 758.) Mais on pourrait douter que la règle s'appliquât aux enfants incestueux ou adultérins, qui, à tout événement, ne peuvent avoir droit qu'à des aliments. Ces aliments, il est vrai, devant se

régler eu égard au nombre et à la qualité des héritiers (art. 763), le chiffre n'en peut être définitivement fixé qu'à la mort; mais cette raison n'est pas déterminante, car l'importance de la donation pourrait être telle qu'il fût dès à présent impossible de la considérer comme purement alimentaire. Quoi qu'il en soit, j'ai peine à croire que le parent incestueux ou adultérin doive être admis à invoquer lui-même une incapacité qui certainement n'a point été établie en sa faveur, et j'en conclus que la donation par lui faite devra en général être respectée pendant sa vie.

28 *bis*. III. Du principe qui limite à la mesure du droit de succession celle des libéralités permises en faveur des enfants naturels, on pourrait conclure que le sort de la libéralité serait subordonné à la condition que l'enfant viendra effectivement à la succession, et déclarer en conséquence la donation caduque pour le cas de prédécès du donataire. Cela aurait l'avantage de faire rentrer dans le patrimoine de la famille légitime ce qui n'en avait été distrait que pour une cause qui a cessé; et cela d'ailleurs n'altérerait pas plus la nature de la donation que ne le ferait une clause de retour, clause que les considérations indiquées autoriseraient dans ce système à sous-entendre pour le cas où le donataire mourrait sans enfants; mais je dis pour ce cas seulement, car, s'il laissait des enfants, ceux-ci seraient admis à le représenter dans la succession (art. 759), en subissant comme lui l'application des articles 760 et 908. Au reste, malgré ces raisons de douter, qui ne me paraissent pas sans valeur, je crois en définitive qu'il faut rejeter ce système comme non suffisamment appuyé par les termes de la loi. En effet, la loi, en limitant la donation à la mesure de ce qui est accordé au titre des successions, n'exprime pas par cela seul la condition de venir à la succession pour pouvoir profiter de la donation; et sa pensée, en établissant contre l'enfant naturel une restriction à la capacité de recevoir, qui de droit commun appartient à tous (art. 902), sa pensée, dis-je, ne paraît pas être d'établir, pour un cas quelconque, une incapacité entière. Vainement pour arriver là se réfugierait-on dans l'idée de retour : le retour sans doute pouvait être stipulé, et j'ajouterai, si l'on veut, qu'il eût été raisonnable de le stipuler; mais ce n'est pas une raison pour le sous-entendre. Je vais bien plus loin, puisque je n'admets pas même pour le parent naturel le droit accordé à l'ascendant

donateur par l'article 747 (1). Disons donc qu'il en sera de la donation faite à l'enfant naturel comme de toute donation faite à un successible, qui comme telle est réputée faite en avancement d'hoirie, mais qui n'en subsiste pas moins si le donataire ne vient pas à la succession. Quant à l'application de l'article 908, elle consistera à réduire la donation faite à l'enfant naturel à la mesure de la part qu'il aurait prise dans la succession s'il avait survécu.

28 *bis*. IV. Ce n'est qu'en vue de la famille légitime que la loi limite contre les enfants naturels la capacité de recevoir. La preuve en est dans la vocation entière de ces mêmes enfants à défaut de parents au degré successible. (V. art. 758.) Si donc ce cas se réalise, et qu'il y ait plusieurs enfants naturels, dont un serait donataire, je ne comprendrais pas que les autres fussent admis à faire valoir contre lui la disposition de l'art. 908, pour l'empêcher de profiter du don qui lui aurait été fait par le père commun, dans la limite de la quotité disponible. Je crois, au reste, que, pour qu'il pût en profiter en venant avec les autres à la succession, il faudrait que ce don lui eût été fait expressément à titre de *préciput*. Car ma pensée est qu'il faut appliquer par analogie à ce cas de succession irrégulière les principes et les règles du rapport entre cohéritiers.

28 *bis*. V. La loi ne contient rien de particulier sur la manière de constater la filiation illégitime, principe de l'incapacité ici établie. Il faut donc, sur ce point, s'en tenir aux règles du droit commun tracées au titre de la paternité et de la filiation. A cet égard je ne verrais aucune bonne raison soit pour admettre contre l'enfant une recherche qui ne serait pas permise en sa faveur (v. art. 340, 342), soit pour refuser d'admettre contre lui la recherche lorsqu'elle est autorisée dans son intérêt (art. 340, 341) (2). Pareillement il faudra suivre ici avec toutes ses conséquences la disposition de l'art. 335, qui prohibe la reconnaissance des enfants incestueux ou adultérins (3). Cela posé, il en résultera que pour l'application contre l'enfant prétendu incestueux ou adultérin de l'incapacité portée en l'art. 908, comme pour l'application en sa faveur du droit aux aliments accordé par l'art. 762, il faudra que la filiation se trouve

(1) V. t. 3, n° 85 *bis*. II.
(2) V. t. 2, n° 73 et 73 *bis*.
(3) V. t. 2, n° 63 *bis*. I–IV.

constante indépendamment de toute recherche et de toute reconnaissance; ce qui sans doute sera rare, mais cependant possible (1).

29. Remarquons que des motifs du même genre avaient fait admettre autrefois l'incapacité relative entre concubins. Mais il paraît que la crainte des procès scandaleux a déterminé le législateur à rejeter cette incapacité, qui, du reste, a évidemment cessé par cela seul qu'elle n'est pas reproduite. V. art. 902.

29 *bis*. Le silence sur ce point est d'autant plus significatif que l'incapacité relative des concubins était formellement exprimée dans le projet de Code (2). Ce projet, du reste, dans le but sans doute d'éviter une inquisition fâcheuse sur les mœurs ou la vie intime du donateur ou testateur, n'attribuait cet effet qu'au concubinage notoire. Mais comme des débats auraient pu naître sur le fait même de notoriété, le législateur a atteint plus efficacement et plus complétement le but en rejetant entièrement cette cause d'incapacité, qui disparait en effet devant le principe posé par l'art. 902. La question pourrait changer de face si du commerce des concubins il était né un enfant. Car il s'agirait de savoir si la donation faite par l'un des parents à l'autre ne serait pas faite à l'enfant par personne interposée. Bien plus, ceux qui considèrent la présomption légale d'interposition établie par l'art. 911 contre les père et mère comme applicable aux parents naturels (3) ne permettraient pas même de mettre ce point en question. Mais, on le sent bien, de cette incapacité indirecte il n'y aurait absolument rien à conclure contre la capacité personnelle des concubins (4).

Quoi qu'il en soit, le fait de concubinage, qui, suivant notre doctrine, ne constitue pas en lui-même une cause de nullité, pourrait toujours être pris en grande considération dans une attaque qui serait dirigée contre la donation ou le testament pour suggestion ou captation.

30. Les personnes qui administrent au malade les secours

(1) V. t. 2, n° 71 *bis*. II-IV.

(2) Projet de la commis. du gouvernement, liv. III, tit. IX, art. 11. (Fen., t. 2, p. 275.)

(3) Contr. Delv., t. 2, p. 63, n. 5.

(4) V. ci-dessous n° 32 *bis*. VII.

de l'art ou ceux de la religion peuvent avoir trop d'empire sur son esprit pour que la loi ait dû laisser à celui-ci, pendant la maladie qui le place sous leur influence, l'entière faculté de disposer en leur faveur. Et toutefois il est à remarquer que la prohibition, qui comprend aussi bien les donations entre-vifs que les testaments, se borne aux dispositions faites pendant le cours de la maladie qui amène la mort. Cette prohibition, d'ailleurs, n'enlève jamais au malade le droit de reconnaître dans une juste proportion les services rendus; seulement la loi ne considérerait pas comme *rémunératoire* et ne maintiendrait pas comme telle une disposition à titre universel. Du reste, l'incapacité peut cesser, même sous ce rapport, à raison du lien de parenté qui unirait le malade avec les personnes qui l'ont soigné ou assisté; cette dernière exception est plus ou moins étendue, suivant la qualité des héritiers : ainsi, il suffit que le donataire soit parent au quatrième degré pour qu'on puisse le préférer à des héritiers collatéraux; mais pour être ainsi préféré à des héritiers en ligne directe, il faut qu'il soit lui-même du nombre de ces héritiers. V. art. 909.

30 *bis*. I. L'incapacité établie par l'art. 909 repose sur une présomption de suggestion, présomption qui, aux termes de l'art. 1352, n'admettrait point la preuve contraire; mais, comme le mot même l'indique, la présomption *légale* se renferme strictement dans les cas précisément déterminés par la loi, et son effet ne peut être étendu par analogie. Seulement le fait de suggestion étant de sa nature susceptible de se prouver par tous les moyens possibles, rien n'empêche les juges, dans les cas omis par les termes de la loi, mais où son motif leur paraît applicable *a pari* ou *a fortiori*, de tirer eux-mêmes du fait connu qui est soumis à leur appréciation la conséquence que le législateur a tirée du fait analogue compris dans sa prévision; c'est-à-dire, en d'autres termes, que la présomption légale, lorsqu'elle n'est pas directement applicable, peut se convertir en présomption abandonnée à la sagesse des juges, et valoir comme telle pour faire annuler la disposition que la qualité des parents rend suspecte de suggestion ou captation. Mais tandis que la présomption légale, si l'on était sous son empire, devrait

nécessairement être appliquée à peine de cassation et nonobstant toute circonstance de nature à en atténuer la force, les juges, au contraire, dans les cas seulement analogues, restent toujours maîtres de se déterminer par les circonstances particulières du fait et de les faire prévaloir sur l'argument d'analogie qui se tirerait de notre article.

30 *bis*. II. Cela posé, il importe de fixer d'abord l'étendue de la présomption légale et son application directe. L'incapacité comprend : 1° les personnes qui, à divers titres, exercent l'art de guérir; 2° les ministres du culte; la loi, quant à ces derniers, n'entre dans aucun détail, elle se borne à prescrire l'observation des mêmes règles que pour les gens de l'art. Mais pour les gens de l'art, elle énumère d'abord les titres divers auxquels ils auront exercé près du malade l'art médical; elle indique comme condition de l'incapacité qu'ils aient *traité* la personne pendant la maladie dont elle meurt, et que la disposition entre-vifs ou testamentaire ait été faite pendant le cours de cette maladie.

Du reste, l'incapacité cesse ou se modifie, soit à raison de la nature du don, s'il n'est que rémunératoire, soit eu égard au lien de parenté qui unit le malade avec la personne gratifiée.

30 *bis*. III. On le voit, en comprenant dans sa disposition avec les docteurs en médecine ou en chirurgie non-seulement les officiers de santé, mais même les pharmaciens, le législateur semble s'être plutôt attaché au fait du *traitement* qu'à la qualité de celui qui traite. Aussi en conclut-on assez généralement que la personne qui, sans aucun titre légal, exerce effectivement la médecine serait atteinte par l'incapacité (1). Cette doctrine paraît en effet fort raisonnable, car l'influence des charlatans ou empiriques sur l'esprit des malades qui se confient à leurs soins est souvent plus grande et surtout plus dangereuse que celle des personnes dont le titre est avoué par la loi. Or, s'il en est ainsi, pourquoi ne pas appliquer l'art. 909 aux médecins de fait, comme je n'ai pas craint d'appliquer aux tuteurs de fait l'art. 907 (2)? Cependant je crois

(1) V. entre autres M. Duranton, t. 8, n° 251, — Marcadé sur l'art. 909, I; M. Troplong, Donations, n° 647; v. aussi Jaubert, rapport au tribunal. (Fen., t. 12, p. 583). Jung. Paris, 9 mai 1820. (P. 1820-2-498.) Grenoble, 6 février 1830. (P. 1830-3-480).

(2) V. ci-dessus n° 27 *bis*. II.

plus exact de décider, avec M. Coin de l'Isle (1), que cette application ne peut avoir lieu. En effet, le soin qu'a pris ici le législateur d'énumérer les divers titres auxquels s'attacherait l'incapacité doit faire considérer cette énumération comme limitative (2). Cela, du reste, est sans inconvénient, puisque, d'après notre doctrine, les juges pourront toujours admettre comme base d'une présomption de fait la circonstance qui, dans le silence de la loi, ne peut fonder une présomption de droit.

30 *bis*. IV. Quoi qu'il en soit, l'incapacité ne s'attache jamais qu'au fait du traitement, ce qui suppose une suite de soins et une direction continue; elle n'atteindrait donc ni le médecin appelé accidentellement en consultation, ni à plus forte raison le pharmacien qui se serait borné à fournir les médicaments.

Il est bien expliqué aussi que le traitement doit avoir eu lieu pendant la maladie dans le cours de laquelle a été fait le don ou le legs, et cette maladie doit être celle dont la personne est morte. A cet égard, on comprend facilement que la loi exige le concours du traitement avec l'époque de la donation, puisque c'est du fait du traitement actuel que naît la supposition d'influence sur le malade; mais on ne voit pas aussi bien pourquoi elle exige que la maladie ait amené la mort. La pensée sans doute a été de borner la disposition au cas d'une maladie grave, et d'éviter tout débat sur la gravité en la jugeant par l'événement. Que si le disposant en réchappe, il lui sera loisible de révoquer son testament. Quant à la donation entre-vifs, il lui restera la ressource de l'attaquer pour captation et de la faire ainsi tomber si les juges, comme ils en ont le pouvoir, reconnaissent qu'elle est l'œuvre de l'influence exercée sur lui par le médecin qui le traitait.

30 *bis*. V. Les explications données par la loi en ce qui concerne les gens de l'art servent tout naturellement à déterminer l'incapacité du ministre du culte, puisque à son égard la loi prescrit l'observation des mêmes règles. Il s'agit donc évidemment du ministre qui a dirigé la conscience du malade et l'a préparé à la mort. C'est cette assistance spirituelle qui répond ici à l'idée de *traitement*. Cette assistance, dans la religion catholique, est principa-

(1) Comm. sur l'art. 909, n. 6.

(2) V. dans ce sens C. c. Rej. 24 juillet 1832. (P. 1832-3-68).

lement celle du confesseur, et c'est à lui, en effet, que les anciens auteurs appliquent constamment l'incapacité dont il s'agit. Concluons de là que l'incapacité ne s'étendrait pas au prêtre qui aurait seulement donné le viatique ou l'extrême-onction. Mais n'en concluons pas que le confesseur soit seul incapable, car l'assistance dont nous parlons, celle qui consiste à exhorter, instruire et consoler le malade, peut avoir été donnée par tout autre prêtre que le confesseur, et même par le ministre d'un culte où la confession n'est pas admise.

30 *bis*. VI. Venons maintenant aux circonstances qui, faisant cesser la présomption de suggestion, soustrairaient à l'application de la règle d'incapacité l'une comme l'autre classe des personnes ci-dessus indiquées.

La première exception est relative aux dispositions *rémunératoires;* et par là il faut entendre non celles qui seraient ainsi qualifiées, mais celles auxquelles ce caractère, exprimé ou non, serait reconnu par les juges. C'est là, comme on voit, une question d'appréciation abandonnée à leur sagesse; la loi seulement leur prescrit d'avoir égard aux facultés du disposant et aussi à l'importance des services, ce qui certainement ne veut pas dire que le don rémunératoire ne doive pas dépasser le montant de l'honoraire qui pourrait être exigé; réduite en effet à cette mesure, la disposition ne serait plus un don, mais un payement, et il eût été inutile de l'excepter de la prohibition qui ne concerne que les libéralités. Quoi qu'il en soit, la loi ne permettrait pas de reconnaître le caractère purement rémunératoire à une disposition à titre universel, car l'usage n'est point de rémunérer dans cette forme, qui cacherait nécessairement une autre intention. Ainsi une disposition de ce genre, quelque modique d'ailleurs qu'elle fût, resterait purement et simplement comprise dans la règle d'incapacité.

30 *bis*. VII. La seconde exception se tire des rapports de parenté qui, formant en eux-mêmes un titre à la libéralité, permettent de l'attribuer à cette cause plutôt qu'à l'influence exercée sur le malade par le parent qui le traite ou l'assiste. La loi alors, sous certaines distinctions tirées de la qualité des héritiers du donateur ou testateur, permet expressément les dispositions à titre universel, et sa pensée évidente est de lever complétement pour ce cas l'incapacité et d'autoriser *à fortiori* les dispositions à titre parti-

culier, lors même qu'elles n'auraient point le caractère rémunératoire.

30 *bis*. VIII. La parenté dont la loi tient compte est la parenté au quatrième degré, sans distinguer à cet égard entre la ligne directe et la ligne collatérale, et sans exiger en principe que le parent gratifié soit héritier présomptif du donateur. Mais s'il y a des *héritiers* en ligne directe, la parenté à quelque degré que ce soit ne fait point cesser l'incapacité, à moins que le donataire ou légataire ne soit lui-même du nombre de ces *héritiers*.

30 *bis*. IX. L'existence de parents en ligne directe est indifférente s'ils ne sont pas appelés à la succession; c'est ce qui arriverait pour les ascendants autres que les père et mère, si le défunt a laissé des frères et sœurs ou descendants de frères et sœurs. Effectivement, on ne voit pas alors dans quel intérêt la loi effacerait la faveur qu'elle accorde en général à la parenté du donataire, puisque les ascendants en vue desquels cette faveur disparaîtrait ne profiteraient point de son incapacité. Pareillement, la parenté en ligne directe chez le donataire ou légataire ne ferait pas cesser son incapacité, si c'est à d'autres parents en ligne directe que la succession est déférée, à son exclusion, *puta*, si le donataire est un ascendant et que la succession soit déférée à des descendants ou à des ascendants plus proches que lui. Sous ce rapport, la loi est plus sévère qu'elle ne l'est dans l'art. 907 quant à l'incapacité du tuteur, qui cesse par la seule qualité d'ascendant. De là, au reste, il n'y a rien à induire en présence des termes précis de la loi, qui ne parle pas ici de *parents* en ligne directe, mais d'*héritiers* en ligne directe (1). On comprend, au reste, que l'incapacité du tuteur, entièrement indépendante de la qualité des héritiers laissés par le mineur, soit effacée par le titre d'ascendant, sans distinguer si ce titre se joint ou non à celui d'héritier. Ici, au contraire, où la capacité du parent au quatrième degré est subordonnée à la qualité des héritiers, il est tout simple qu'on s'attache aussi à cette qualité dans la personne du donataire ou légataire.

30 *bis*. X. Des termes de la loi il résulte encore cette conséquence, que le sort de la disposition faite au profit du parent qui a traité ou assisté pendant la dernière maladie dépendra de la

(1) V. au contraire M. Duranton, t. 8, n. 256. — M. Coin de l'Isle sur l'art. 909, n. 17. Mais quelque favorable que soit leur système, quelque subtile que soit leur argumentation, tout cela ne peut prévaloir sur les termes formels de la loi.

composition de la famille non au moment de la donation ou du testament, mais au moment du décès; car, puisque jusque-là il ne peut y avoir d'héritier, c'est ce moment seul qui déterminera si le défunt a laissé des héritiers en ligne directe, et si le donataire est ou non du nombre de ces héritiers. Si donc on suppose que le malade, au moment où il a donné ou légué au médecin ou ministre du culte, son frère, son oncle ou son cousin germain, avait un enfant, seul parent en ligne directe, et que cet enfant soit venu à mourir avant lui, la disposition sera valable, quoiqu'elle n'eût pas dû l'être si l'enfant avait survécu. Et pareillement, si au moment où la donation a été faite au père ou à l'aïeul médecin il y a un enfant dont la mort postérieure met le donataire en ordre de succéder, le don par événement sera valable, sauf, bien entendu, l'obligation du rapport s'il y a lieu (v. art. 846). Cela, j'en conviens, peut paraître étrange; car l'incapacité ne reposant que sur la présomption d'une suggestion dont l'action s'applique au moment de la confection de l'acte, on ne voit pas comment des événements postérieurs peuvent influer pour détruire ou faire naître cette présomption. Il est vrai que pour que la question puisse s'élever il faut supposer la disposition faite en faveur d'un parent au moins du quatrième degré. Or, dans ce cas, la présomption de suggestion étant certainement moins forte, on comprend que la loi ne la maintienne qu'en faveur des héritiers d'une certaine classe, et tout et autant que le gratifié n'appartient pas lui-même à cette classe. Quoi qu'il en soit du mérite de cette explication, le plus sûr est de s'en tenir aux termes de la loi, et de se déterminer, comme elle le dit, par la qualité des *héritiers,* c'est-à-dire des parents en ordre de succéder au temps de la mort. Cela, du reste, offre peu d'inconvénients, car la faculté d'élever la question de suggestion reste entière, et rien n'empêche les juges de prendre en considération la composition de la famille au moment de la donation, pour statuer sur la question d'après les circonstances.

30 *bis*. XI. Maintenant il serait possible que le défunt eût à la fois des héritiers en ligne directe et des héritiers en ligne collatérale (V. art. 733, 748, 749, 753). Alors, comme il me paraît évident que c'est seulement dans l'intérêt des héritiers en ligne directe que la loi a restreint le droit de disposer en faveur du médecin ou ministre du culte, parent au degré qu'elle détermine,

je pense que la disposition à titre universel faite à son profit devrait s'exécuter, sinon intégralement, au moins proportionnellement sur la part revenant aux collatéraux, et que c'est seulement sur la part revenant aux héritiers en ligne directe qu'elle restera sans exécution. Supposons, par exemple, une succession dévolue aux ascendants d'une ligne et aux collatéraux de l'autre, et que le défunt ait fait en faveur du médecin, son oncle ou son cousin germain, un legs universel, j'entends que le legs s'exécutera pour moitié. Que si le legs fait à l'oncle ou au cousin est seulement à titre universel, *puta*, du quart des biens, il est certain que ce legs ne pourra entamer la moitié revenant aux ascendants; mais s'il n'apparaît pas d'intention contraire, et qu'il fût destiné à porter pour moitié sur la part afférente à chaque ligne, je crois qu'il s'exécuterait seulement pour un huitième, quart de la part revenant aux collatéraux (1).

30 *bis*. XII. C'est seulement à la parenté dans les limites qu'elle détermine que la loi attribue l'effet d'effacer la présomption de suggestion. Ainsi l'affection fondée sur des rapports d'amitié ou de dévouement ne suffirait pas pour écarter l'application de notre article (2). Cela certainement est rigoureux, mais c'est, selon moi, la conséquence forcée de l'art. 1352. Il est évident seulement que les rapports intimes dont il s'agit pourront être un motif pour appliquer largement la faculté de faire des dons rémunératoires, mais toujours, bien entendu, à titre particulier.

30 *bis*. XIII. Toutefois on enseigne généralement, avec raison, que l'incapacité ne s'appliquerait pas au mari médecin qui aurait traité sa femme pendant sa dernière maladie. Dans ce cas, en effet, le traitement se confond complétement avec l'assistance mutuelle

(1) Nous verrons, au reste, sur l'article 1013, s'il n'y aurait pas lieu, dans notre hypothèse, de considérer le legs comme portant uniquement sur la quotité disponible, qui dans l'espèce est des trois quarts, dont un seulement revient aux ascendants en sus de leur réserve, et les deux autres aux collatéraux de l'autre ligne. Dans ce système, la contribution des collatéraux aux legs étant des deux tiers, notre legs du quart des biens s'exécuterait non pas seulement pour un huitième, mais pour un sixième.

(2) V. au contraire M. Troplong, n. 640. Il invoque à l'appui de son sentiment l'arrêt ci-dessus cité du 24 juillet 1832. Mais dans l'espèce de cet arrêt, les juges avaient toute latitude; car l'ami qui avait donné les soins n'avait pas de titre légal pour l'exercice de la médecine. (V. ci-dessus, III).

que se doivent les époux (art. 212). Et rien ne doit faire croire que l'assistance dont il s'agit ait dû produire sur la volonté du disposant une influence plus grande que celle qui s'attache naturellement à la qualité d'époux, influence légitime dans son principe, et contre les abus de laquelle la loi a organisé un système spécial de garantie. (V. art. 1094, 1096, 1098.)

Ces motifs s'appliqueraient, et la décision comprendrait le cas même où le mariage n'aurait été contracté que pendant la maladie, si toutefois la disposition est postérieure au mariage ou faite par le contrat de mariage; et cela sans distinguer si le traitement a précédé ou seulement suivi le mariage. Car c'est toujours au mari et non au médecin que la donation serait alors censée faite. *Secus* selon moi si la disposition et le traitement ont précédé le mariage, car la libéralité alors aurait été faite dans l'état d'incapacité, que le mariage postérieur ne ferait cesser que pour l'avenir. Bien plus, quand même la donation serait postérieure au mariage ou faite par le contrat, s'il apparaissait d'après les circonstances que le mariage lui-même n'a été qu'un moyen de couvrir l'incapacité, la donation pourrait être annulée, non pas précisément, selon moi, par l'effet de la présomption légale, mais en vertu du pouvoir toujours réservé au juge d'apprécier la suggestion d'après les circonstances (1).

31. La loi rattache ici à l'idée d'incapacité les restrictions qu'elle apporte à la faculté d'enrichir par des libéralités les personnes morales appelées autrefois *gens de mainmorte*. Ces restrictions, fondées sur de graves raisons politiques, tendent aussi à protéger l'intérêt des familles contre l'exagération des sentiments les plus respectables; elles consistent à subordonner à l'autorisation du pouvoir administratif l'effet des dons ou legs faits à ces personnes. Il est, du reste, à remarquer que le Code comprend uniquement dans ses termes les hospices, les pauvres d'une commune et les établissements d'utilité publique. V. art. 910. V. au surplus L. du 18 juillet 1837 (2), art. 19-9°

(1) V. au surplus C. c. Rej. 30 août 1808. (P. t. 22, p. 481), 11 janvier 1820. (P. t. 57, p. 113); 21 août 1822. (P. t. 65, p. 355).

(2) IX, B. 521, n. 6946.

et 48; L. du 10 mai 1838 (1), art. 4-7° et 31. V. surtout LL. du 2 janvier 1817 (2), 24 mai 1825 (3), 8 avril 1831 (4), et surtout décret du 25 mars 1852, art. 1, t. A, 7° et 42° (5).

31 *bis*. I. Il faut d'abord, pour donner lieu à l'application de l'art. 910, supposer que l'être moral, la communauté à laquelle s'adresse la libéralité, a une existence légale, une personnalité distincte des individus qui la composent. A cette catégorie appartiennent certainement les communes et les départements, dont l'aptitude à recevoir des libéralités est supposée par les lois qui les concernent, et que ces lois soumettent expressément à l'autorisation ici exigée (Loi sur l'administration municipale, 18 juillet 1837, art. 19-9° et 48; loi sur les attributions des conseils généraux, 10 mai 1838, art. 4-7° et 31). On s'étonnerait, au reste, de ne pas trouver les communes nommément comprises dans les termes de l'art. 910, si l'on ne devait supposer que cet article a eu pour type primitif l'art. 33 du projet, dont le but indiqué par sa rédaction n'était pas tant de soumettre à l'autorisation ou approbation les dispositions dont il s'agit, que de proclamer la faculté de les faire à cette condition (6). Voilà pourquoi l'article ne parlait pas des communes, dont l'aptitude à recevoir ne pouvait être mise en question.

31 *bis*. II. L'aptitude à recevoir et la condition de l'autorisation pour accepter, appliquées par le Code aux établissements d'utilité publique, ont été formellement proclamées pour les établissements ecclésiastiques par la loi du 2 janvier 1817, mais à la condition expresse que ces établissements soient reconnus par la loi. Déjà, au reste, la loi organique du concordat, 18 germinal an x, avait permis les fondations qui auraient pour objet l'entretien des ministres et l'exercice du culte; toutefois ces fondations ne pouvaient consister qu'en rentes sur l'État (V. l'art. 73). Mais la loi de 1817, générale pour tous les établissements ecclésiastiques

(1) IX, B. 570, n. 7378.
(2) VII, B. 128, n. 1454.
(3) VIII, B. 40, n. 921.
(4) X, B. 431, n. 3139.
(5) X, B. 508, n. 3855.
(6) V. Projet de la commiss. du gouvernement, liv. III, tit. IX, art. 33. (Fen., t. 2, p. 286.)

dûment reconnus, et comprenant conséquemment les fabriques comme tous les autres, permet, sauf la condition d'autorisation, de leur donner toute espèce de biens (d. l. art. 1).

31 *bis*. III. Sous le nom d'établissements ecclésiastiques se placent évidemment les congrégations religieuses. Mais, bien entendu, celles seulement qui sont reconnues par la loi. Or, à cet égard il faut observer que, depuis la suppression des ordres monastiques par la loi du 18 août 1792, aucune loi n'a reconstitué ni permis de reconstituer comme personnes civiles, aptes à posséder et à recevoir, les congrégations religieuses d'hommes (1). Il en est autrement des congrégations de femmes. En effet, dès l'année 1809, le décret du 18 février avait reconstitué les sœurs hospitalières; mais la loi générale du 24 mai 1825, qui comprend dans ses termes toutes les congrégations religieuses de femmes, règle les conditions auxquelles peuvent être *autorisés*, c'est-à-dire légalement constitués, soit les congrégations elles-mêmes, soit les établissements qui leur appartiennent (2), et accorde aux établissements dûment autorisés la capacité de recevoir avec l'autorisation spéciale du chef de l'État; toutefois cette aptitude est expressément bornée aux dispositions à titre particulier (3). La même loi établit dans une certaine mesure, contre les personnes qui font partie de l'établissement, une incapacité particulière de donner soit à l'établissement lui-même, soit à quelqu'un de ses membres, si toutefois ce membre n'est pas héritier en ligne directe de la donatrice ou testatrice (4). Enfin, la loi détermine aussi le mode de révocation de l'autorisation accordée (5), et règle pour ce cas, et généralement pour tous les cas d'extinction de la congrégation ou de la maison, le sort des biens qui cessent de lui appartenir : ces biens, s'ils proviennent de donation ou legs, font retour au disposant ou à ses parents au degré successible (6).

(1) Nous allons voir, toutefois, les raisons particulières qui font reconnaître cette aptitude aux établissements de frères des écoles chrétiennes (ci-dessous, II.)

(2) Quelques modifications à cet égard ont été apportées à la loi de 1825 par le décret du 3 janvier 1852.

(3) V. ladite loi, art. 1–4.

(4) V. ladite loi, art. 5, et remarquez la disposition finale de cet article qui en suspend l'application pendant un certain délai, soit à partir de la promulgation de la loi, soit à partir de l'autorisation qui serait accordée à l'avenir.

(5) V. d. l. art. 6.

(6) V. d. l. art 7.

31 *bis*. IV. De ce qui précède il résulte qu'aucune congrégation religieuse d'hommes, quelque notoire, quelque licite (1) que soit son existence de fait, n'existe légalement comme établissement ecclésiastique compris dans l'application de la loi du 2 janvier 1817. Cela est vrai même de certaines congrégations, comme celle des lazaristes, dont l'existence a été reconnue par des actes du pouvoir exécutif (V. ord. du 3 février 1816), mais dont aucun acte du pouvoir législatif n'a constitué la personnalité. Il faut seulement en excepter la congrégation des frères des écoles chrétiennes, rattachée à l'Université par l'art. 109 du décret *législatif* du 17 mars 1808, et formant comme telle un établissement *d'utilité publique* capable de recevoir, en vertu de l'article 910 du Code civil et indépendamment de la loi postérieure du 2 janvier 1817 (2).

31 *bis*. V. Le principe qui fait dépendre d'une *loi* l'existence civile, la personnification d'un établissement ecclésiastique, n'exige pas pour cela une loi spéciale pour la création de chaque établissement. Il suffit qu'un acte du pouvoir législatif ait fixé les conditions à observer. C'est ainsi que la loi de 1825, sur les congrégations religieuses de femmes, détermine le cas où l'autorisation peut être accordée par simple ordonnance (d. l. art. 2 et 3).

Pareillement, en ce qui concerne l'autorisation d'accepter, quoique l'art. 910 du Code civil et l'art. 3 de la loi du 2 janvier 1817 exigent un acte émané du chef de l'État, il n'est pas toujours nécessaire que cet acte émane de lui directement. A cet égard, diverses dispositions réglementaires ont déterminé la limite de valeur au-dessous de laquelle l'autorisation peut être accordée par des délégués (V. notamment, en ce qui concerne les hospices, arrêté du 4 pluviôse an XII et loi du 8 avril 1851 (3); et en ce qui concerne les établissements ecclésiastiques, ordonnance du 2 avril 1817 (4), art. 1er; V. aussi en ce qui concerne les com-

(1) Ce point, selon moi, n'aurait jamais dû être contesté, car l'association pour *vivre* en commun sous une règle religieuse qui n'a d'empire que sur les consciences n'a rien de commun avec le cas prévu par les articles 291 et 292 du Code pénal. Quoi qu'il en soit, la controverse à cet égard n'a cessé que depuis 1848.

(2) V. sur ce point M. Troplong, *Donations*, t. 2, n. 529, 672, 675.

(3) III, B. 338, n. 3540. – X, B. 431, n. 3139.

(4) VII, B. 151, n. 1995.

munes, L. du 18 juillet 1837, art. 48; V., sur le tout, décret du 25 mars 1852 (1)).

31 *bis*. VI. L'établissement ecclésiastique non reconnu par la loi est frappé en droit de l'incapacité du néant. Mais comme il peut avoir une existence de fait (2), on comprend que des tentatives aient lieu pour le gratifier indirectement. On y arriverait au moyen d'une succession de fidéicommis tacites imposés à des donataires ou légataires apparents. Or on pourrait prétendre que, si l'établissement n'est pas de ceux que la loi réprouve, il n'y a là rien de contraire à la loi, qui ne contient point de prohibition de donner à ces établissements, mais qui seulement, ne les déclarant pas aptes à recevoir, les prive de tout moyen de droit pour réclamer la libéralité qui leur était destinée. Dans ce système les intermédiaires ne pourraient être dépouillés du titre apparent qui les couvre, parce que personne n'aurait qualité pour contester ce titre. Mais s'il en était ainsi, la position des établissements non reconnus par la loi serait, sous certains rapports, meilleure que celle des établissements reconnus; et tous les inconvénients en vue desquels a été établie contre les gens de mainmorte la nécessité d'une autorisation spéciale pour accepter se produiraient là sans qu'il existât aucun moyen d'y obvier. Ce serait certainement dans la loi une lacune regrettable; mais il faut dire que cette lacune n'existe pas. Les établissements dont il s'agit sont véritablement des incapables, et les dons indirects qu'on voudrait leur adresser, rentrant purement et simplement dans les termes de l'art. 911, seraient frappés de la nullité prononcée par cet article.

32. Les différentes incapacités que la loi a établies seraient facilement éludées, s'il était permis d'échapper à sa sévérité par le déguisement de l'acte de libéralité sous une autre forme, ou par une interposition de personnes. Ce déguisement ou cette interposition sont, en général, des faits laissés à l'appréciation des juges, qui annuleront toujours les actes reconnus frauduleux. Mais la loi va plus loin, elle établit elle-même une présomption d'interposition à l'égard de certaines

(1) X, B. 508, n. 3855.

(2) V. ci-dessus IV.

personnes ; ce sont les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de l'incapable. V. art. 911 ; et, à ce sujet, art. 1350-1°, 1352.

32 *bis*. I. La nullité des actes est la conséquence de l'incapacité des personnes, et la fausse apparence donnée à ces actes ne saurait en principe les soustraire à cette conséquence. C'est là sans doute ce que la loi a voulu exprimer en faisant l'application de ce principe aux dispositions déguisées sous la forme d'un contrat onéreux ou faites sous le nom de personnes interposées. Mais cela était inutile à dire si le simple déguisement, n'eût-il point pour objet de gratifier un incapable, devait entraîner la nullité de l'acte. Aussi notre article sert-il de principal argument à la doctrine qui considère comme valables les dons déguisés quand ils s'adressent indirectement à des personnes capables et qu'ils n'excèdent pas la mesure de ce qui aurait pu être donné directement. Seulement, je crois qu'on va trop loin quand on conclut de là d'une manière générale qu'une donation qui manque de sa forme substantielle vaudra par cela seul qu'on lui aura donné la fausse apparence d'un contrat à titre onéreux. Selon moi, la donation contenue dans un contrat onéreux au profit d'une personne capable devra valoir, malgré le déguisement, parce qu'elle n'est pas assujettie à d'autres formes que le contrat principal qui la renferme. Mais elle serait nulle, par application des art. 893 et 931, si elle était elle-même l'objet principal de l'acte, qui n'a d'un contrat onéreux que l'apparence (1).

32 *bis*. II. Si, comme je le pense, la nullité de l'acte n'a pas sa base dans le déguisement, mais dans l'incapacité, son étendue ne doit pas excéder celle de l'incapacité elle-même. Si donc cette incapacité, comme celle de l'enfant naturel, n'existe que dans une certaine mesure, la libéralité ne sera nulle que pour ce qui excède cette mesure. Peut-être cependant en est-il autrement à l'égard des dons entre époux, qui, bien que toujours permis dans une certaine limite, semblent, lorsqu'ils sont déguisés, être, par l'art. 1099, frappés d'une nullité complète. Nous verrons, sur cet article, si c'est en effet dans ce sens rigoureux que sa disposition doit être enten-

(1) V. ci-dessus, n. 3 *bis*. V et VI.

due ; mais, en admettant qu'il en soit ainsi, ce serait là une règle particulière qui n'empêcherait pas notre principe de s'appliquer en règle générale.

Il est donc bien entendu que pour l'enfant naturel, par exemple, le don indirect comme le don direct devra s'imputer sur la part de succession (1) et que l'excédant seulement sera sujet à retranchement. Quant au surplus, il est clair que l'enfant naturel, obligé à l'imputer sur sa part, aura le droit de se le faire remettre par la personne interposée. Mais évidemment il faudra que le fait d'interposition, si elle le conteste, soit jugée contre elle. Pour éviter donc à cet égard toute difficulté, il conviendra que l'enfant naturel ne se laisse pas condamner à l'imputation sans mettre en cause la personne prétendue interposée. Il est clair, d'ailleurs, que le fait d'interposition se prouvera contre elle par les mêmes moyens que contre l'enfant lui-même, et notamment par les présomptions légales tirées de la qualité des personnes.

Par application de mon principe, je n'annulerais pas en entier une aliénation à titre onéreux qui contiendrait une donation déguisée au profit d'un incapable; la nullité ne devrait atteindre que la donation. *Puta*, si j'ai vendu cinq ce qui valait dix dans l'intention de gratifier de cinq; ou si, ayant vendu dix, j'ai, dans l'intention de gratifier l'acheteur incapable, donné quittance de dix, n'ayant reçu que cinq, il n'y aura d'annulée que la donation de cinq, et par conséquent l'acquéreur pourra garder le bien en payant cinq. Mais il en serait autrement si l'acte tout entier n'était intervenu que dans l'intention de gratifier.

32 *bis*. III. La présomption légale d'interposition se renferme strictement dans la catégorie de personnes désignées par la loi. Mais ce n'est pas à dire que l'allégation d'interposition ne puisse être admise à l'égard d'autres personnes; seulement ce sera alors à celui qui l'allègue à en fournir la preuve. Au reste, comme c'est là une question de fraude, il est clair que la preuve se fera par tous les moyens possibles, même par témoins ou par présomptions abandonnées aux lumières du juge. (V. art. 1348, 1353.) Là donc ne s'appliquera pas la règle qui défend de prouver contre le contenu aux actes (art. 1341).

(1) V. art. 760, t. 3, n. 79 *bis*. II.

32 *bis*. IV. A l'égard des personnes comprises dans la catégorie de la loi, la présomption légale ne dispensera pas seulement leurs adversaires de fournir la preuve, mais elle n'admettra même pas la preuve contraire. En effet, il s'agit bien ici d'une présomption sur la foi de laquelle la loi annule un acte, ce qui dès lors rentre dans les termes précis de l'art. 1352, al. dernier. Sauf, bien entendu, la réserve contenue expressément en cet article relativement au serment et à l'aveu judiciaires; réserve qui, selon moi, permettrait de déférer le serment décisoire à ceux qui allèguent l'interposition, sur la question de savoir s'il n'est pas à leur connaissance personnelle que le donataire apparent est le véritable donataire. De cette réserve il résulte encore qu'on pourrait les faire interroger sur faits et articles (C. pr., art. 324), à l'effet d'obtenir d'eux sur ce point un aveu judiciaire.

32 *bis*. V. Il est pourtant un cas où la présomption légale ne devrait pas, selon moi, être appliquée, c'est lorsque à la qualité qui fonde en général la présomption d'interposition, le donataire nominal en joint une autre qui le rattache personnellement au donateur, et qui, si elle existait chez l'incapable lui-même, serait suffisante pour le relever de son incapacité; *puta*, si la donation est faite au père ou à la mère du tuteur, incapable aux termes de l'art. 907, et que ce parent du tuteur soit l'ascendant du donateur, ou bien encore si le malade traité par le médecin, son allié, donne à la femme ou aux enfants de celui-ci, qui sont ses parents au degré déterminé par l'art. 909. Je ne doute pas non plus que le malade ne puisse toujours donner valablement à son propre conjoint, quoiqu'il ait été traité par le père ou par le fils de celui-ci. De la même manière, en effet, que le tuteur ascendant n'est pas réputé recevoir en qualité de tuteur, et que le médecin parent ou conjoint du malade (1) n'est pas censé recevoir en qualité de médecin; de la même manière le père ou le conjoint du tuteur, quand il est ascendant du donateur; le père, le fils ou le conjoint du médecin, quand il est parent du donateur jusqu'au quatrième degré, ne doivent être censés avoir reçu qu'en leur titre personnel d'ascendant, de parent ou de conjoint du donateur.

32 *bis*. VI. La présomption d'interposition est établie ailleurs

(1) V. ci-dessus n. 30 *bis*. XIII.

sur une base plus large comme sanction de la disposition qui défend les avantages indirects entre époux. (V. art. 1099 et 1100.) Mais la règle spéciale de l'art. 1100 ne saurait certainement être invoquée pour étendre, dans les cas ordinaires, la présomption d'interposition à toute personne dont l'incapable serait héritier présomptif.

32 *bis*. VII. Sous le nom de père, mère, enfants et descendants qu'il répute personnes interposées, notre article comprend-il les père ou mère et enfants naturels de l'incapable? On l'enseigne assez généralement (1), et l'on pourrait en effet le décider ainsi sans sortir des termes de la loi. Toutefois, j'ai pour mon compte bien de la peine à me ranger à cette doctrine, et il me paraît plus sûr de m'en tenir ici à la règle d'interprétation que j'ai toujours suivie, à savoir, que dans le langage du législateur les titres de famille ne se rattachent jamais qu'à la filiation légitime, quand la loi n'en a pas fait elle-même l'application à la filiation naturelle (V. à ce sujet art. 158, 383). Mon système, du reste, n'offrira pas de graves inconvénients, puisque les tribunaux, saisis de la question d'interposition, pourront avoir égard aux rapports de filiation naturelle, même de filiation adultérine ou incestueuse, pour reconnaître en fait l'interposition.

32 *bis*. VIII. Le principe qui défend d'avantager les incapables par interposition de personnes est évidemment commun à tous les cas d'incapacité. Mais un peu de réflexion suffit pour reconnaître que les présomptions légales d'interposition ne peuvent, au contraire, concerner que les cas d'incapacité relative. Comment concevoir, en effet, que parce qu'une personne se trouve frappée par la loi d'une incapacité générale de recevoir, tous les proches parents de cette personne fussent atteints par cette incapacité? Et quelle raison d'ailleurs aurait-on de supposer là de prime abord l'interposition? Cette supposition est naturelle quand il s'agit d'une incapacité relative; car les mêmes raisons qui font établir cette incapacité doivent mettre en défiance contre l'intention de l'éluder. Mais pourquoi supposerait-on gratuitement qu'une libéralité adressée ostensiblement à une personne capable qui a le malheur,

(1) V. entre autres M. Duranton, t. 8, n. 272; M. Coin de l'Isle sur l'article 909, n. 15; M. Troplong, *Donations*, t. 2, n. 721. Ajoutons que la jurisprudence paraît dans ce sens. V. notamment C. c. Cass., 13 juillet 1813.

par exemple, d'avoir parmi ses proches parents un condamné à une peine afflictive perpétuelle, a pour objet de gratifier ce condamné avec lequel le donateur n'a peut-être aucun rapport? Sans doute il en peut être ainsi, et il sera permis de juger l'interposition d'après les circonstances; mais il y aurait rigueur et injustice à la présumer légalement. Il est certain, d'après cela, que tant qu'a duré l'incapacité de l'étranger, c'est-à-dire jusqu'à la loi du 14 juillet 1819, cette incapacité n'aurait point atteint, sous prétexte d'interposition, les donations faites à ses proches parents français. Au reste, l'ordre même des articles du Code amène ce résultat, car l'art. 912, relatif à l'étranger, ne vient qu'après l'art. 911, relatif à l'interposition. Or celui-ci naturellement ne se réfère qu'aux incapacités de recevoir énumérées dans les articles précédents (906-910). Maintenant, il est vrai qu'au nombre de celles-ci sont comprises les incapacités générales de l'enfant non conçu et des gens de mainmorte. Et je ne doute pas, en effet, que celles-là, particulièrement celle des gens de mainmorte, n'aient été présentes à la pensée qui a dicté la disposition principale de l'art. 911. Quant à la disposition secondaire qui établit les présomptions légales, elle ne saurait les concerner, puisque ces présomptions reposent sur des rapports de personnes qui ne peuvent encore exister avec un enfant non conçu, et dont l'être purement moral des gens de mainmorte n'est pas susceptible.

33. Le principe qui attribue à toute personne la capacité de donner ou de recevoir, étant une disposition de pur droit civil, ne saurait concerner les étrangers. Le Code les laissait donc, au moins quant à la capacité de recevoir, sous l'empire du système de réciprocité établi par l'article 11. V. art. 912. Mais cette disposition est aujourd'hui abrogée par la loi du 14 juillet 1819 (1).

33 *bis*. Il n'est point question dans l'art. 912 de l'incapacité de disposer, il s'agit uniquement de celle de recevoir. Faut-il conclure de là que les étrangers, sous l'empire du Code civil, jouissaient du droit de disposer même par testament? J'ai expliqué sur l'art. 902

(1) VII, B. 294, n° 6986.

les raisons qui me font considérer ce point comme douteux (1). Du reste, il suffisait que le doute existât à cet égard pour que le législateur de 1819, qui en cette matière voulait assimiler complétement les étrangers aux Français, ne se bornât pas à sa proposition principale, l'abrogation de l'article 912, mais expliquât précisément, comme il l'a fait, que les étrangers jouiraient du droit de disposer de la même manière que les Français.

34. On ne peut terminer cette section sans aborder une question grave qui domine toute la matière. A quelle époque est requise la capacité, soit de donner, soit de recevoir (2)? Sur ce point le législateur ne s'est pas précisément expliqué; le Code contient seulement quelques éléments de solution; c'est en les combinant avec les anciens principes que l'on peut arriver à une théorie générale.

La question d'abord est fort différente, suivant qu'il s'agit de donation ou de testament.

35. A l'égard des donations entre-vifs, lorsque la donation et l'acceptation interviennent simultanément, il est évident qu'il n'y a à considérer qu'une seule époque, celle de l'acte, et qu'à cette époque le donateur doit être capable de droit et de fait, c'est-à-dire capable de transmettre à titre gratuit, et ayant d'ailleurs le libre exercice de sa volonté. Quant au donataire, il suffit qu'à cette même époque il soit capable de recevoir, c'est-à-dire d'être gratifié, et cela sans égard à son incapacité de fait; car l'action de sa volonté propre peut parfaitement être suppléée ou remplacée par l'action de ses représentants légaux.

Que si la donation et l'acceptation ont lieu par acte séparé, le donateur évidemment devra encore être capable de fait et de droit au moment où il manifeste et fait constater par acte la volonté de donner, volonté qui sera censée durer tant qu'elle ne sera pas révoquée; et il devra conserver cette double

(1) V. ci-dessus n. 18 *bis*.

(2) Voy., sur cette question, *Thémis*, tom. VII, p. 135, 371, 476.

capacité (1) au moment où le contrat sera formé par l'acceptation postérieure du donataire (2). Quant au donataire, je ne vois aucune raison pour exiger son existence, ni, à plus forte raison, sa capacité au moment d'un acte qui ne l'investit pas, il doit donc suffire qu'il soit existant et capable de droit au moment de l'acceptation.

Au reste, la loi exige pour donner effet à la donation à l'égard du donateur que l'acte d'acceptation postérieure lui soit notifié. Mais ce n'est pas, selon moi, une raison pour considérer comme différée jusqu'à la notification la formation du contrat, et pour n'exiger point toujours la capacité du donateur et du donataire au moment de l'acceptation. C'est là un point dont la démonstration rentrera dans l'explication de l'article 932. Là aussi j'exposerai les raisons qui me portent à croire que, sauf la mort du donateur, qui rendrait impossible l'accomplissement de la condition de notification, les changements survenus après l'acte d'acceptation dans l'état ou la capacité soit du donateur, soit du donataire, ni la mort même de ce dernier, n'empêcheraient de faire utilement la notification (3).

36. A l'égard du testament, on aperçoit à la première vue que deux époques sont à considérer, celle où la volonté se manifeste par la confection de l'acte, et celle où elle reçoit son exécution par la mort du testateur. La capacité du testateur doit être requise à ces deux époques, mais diversement : à la première, il faut qu'à la capacité de droit se joigne le libre exercice de la volonté ; à la seconde, il n'y a plus lieu à s'occuper de la volonté, qui, une fois exprimée, conserve sa force jusqu'à révocation, mais il faut, pour que la transmission s'opère, que le testateur meure capable de transmettre (v., à ce sujet, loi du 31 mars 1854, art. 3 ; voy., sur le tout, *Just.*, Inst., *Quib. non est perm. fac. test.*).

(1) V. ci-dessous n. 71 *bis*. VI.

(2) *Quid*, s'il l'a perdue et recouvrée dans le temps intermédiaire? V. ci-dessous n. 71 *bis*. VII.

(3) V. ci-dessous n. 71 *bis*. VIII-XI.

36 *bis*. I. La capacité de droit consiste dans la jouissance du droit de transmettre à titre gratuit, droit qui, au reste, dans l'état actuel de notre législation, n'est refusé qu'aux condamnés à des peines afflictives perpétuelles, et aussi, je crois, aux Français naturalisés en pays étranger sans autorisation. (D. du 26 août 1811, art. 7). Toutes les autres incapacités ne se réfèrent qu'à la condition de l'intégrité de volonté, condition qui doit essentiellement et exclusivement s'envisager au moment de l'acte qui exprime cette volonté. Seulement, comme nous l'allons bientôt voir, notre proposition ne devra pas s'appliquer à certaines incapacités relatives, qui, établies principalement en vue de protéger les héritiers, ne constituent vraiment qu'une règle de disponibilité. Pour celles-là, au contraire, c'est au temps de la mort qu'il faudra uniquement s'attacher.

36 *bis*. II. Quand nous parlons de deux époques, nous indiquons assez qu'il n'y a pas lieu de s'occuper du temps intermédiaire. Cette règle, que le droit romain a toujours admise en ce qui concerne la faction de testament passive (1), ne s'appliquait pas, en principe, pour la faction de testament active; le testament en effet devenait *irritum* par le seul fait de la *capitis deminutio* du testateur (2). Mais le droit prétorien corrigeait cette rigueur du droit civil en donnant la possession des biens *secundum tabulas* à l'héritier institué, si le testateur avait recouvré son état au temps de sa mort (3). Or, il est évident que sur ce point, comme sur tout autre, c'est avec les adoucissements du droit prétorien que les principes du droit romain ont pénétré dans les législations modernes. Nous ne devons donc pas craindre d'appliquer, comme nous le faisons, à la capacité du testateur la maxime *media tempora non nocent*.

37. Quant à la faculté de recevoir par testament, il est évident qu'elle est requise au moment où s'ouvre le droit, c'est-à-dire ordinairement au moment de la mort du disposant. Mais le droit romain exigeait de plus la capacité au moment de la confection du testament (v. *Just.*, Inst., § 4, *De*

(1) *Just.*, Inst., § *De hered. qual. et diff.*
(2) *Just.*, Inst, § *Quib. mod. test. infirmantur.*
(3) Ibid.

her. qual.). C'était dans certains cas l'application de la règle Catonienne (v. *Cels.*, L. 1, ff. *De reg. Cat.*) ; dans d'autres, ce n'était probablement qu'un reste de l'ancienne forme de tester *per æs et libram*. Quoi qu'il en soit, la règle du droit romain, n'étant nullement fondée sur l'équité, ne doit pas être suivie chez nous. Notre Code d'ailleurs s'en est formellement écarté dans l'article 906.

Observons au reste qu'en ce qui concerne la capacité de recevoir, il s'agit uniquement de la capacité de droit, peu importe d'ailleurs que le droit puisse être exercé par le légataire lui-même ou par un autre en son nom, *puta*, par un tuteur.

38. A l'égard des dispositions conditionnelles, le droit ne s'ouvrant qu'à l'événement de la condition (v. art. 1040), on peut soutenir que la capacité du légataire n'est exigée qu'à cette époque.

38 *bis*. C'est en effet ce qu'enseigne Furgole, quoique en présence des termes de l'ordonnance, il n'ose pas appliquer à la conception ce qu'il dit de la capacité, et qu'il exige en conséquence que l'héritier institué même conditionnellement soit conçu au moment du décès (1). J'ai moi-même autrefois suivi cette doctrine (2). Mais, tout considéré, je pense que le legs conditionnel, qui, à la différence de la substitution, n'admet point de trait de temps (3), doit toujours remonter au jour de la mort du testateur; or, pour cela, il est nécessaire non-seulement que le légataire existe, mais qu'il soit capable de recueillir à cette époque et qu'il reste tel sans interruption jusqu'à l'événement de la condition. Au surplus, je reviendrai sur ce point quand j'expliquerai l'article 1040.

39. Les incapacités relatives semblent constituer à la fois pour l'une des parties incapacité de donner, et pour l'autre, incapacité de recevoir. Si l'on s'attachait à cette idée, on devrait à leur égard considérer la double époque de la confection

(1) Furgole, *des Testaments*.

(2) Thémis, t. 7.

(3) V. ci-dessus n. 10 *bis*. III.

du testament et de la mort du testateur. Mais si l'on y regarde de plus près, et qu'on envisage chacune en particulier, on reconnaîtra que les unes forment, pour le testateur seulement, une incapacité *de fait*, c'est-à-dire se référant à la condition d'intégrité de volonté, et s'appliquant exclusivement au moment de la confection de l'acte, et que les autres ne constituent que des règles de *disponibilité*, pour l'application desquelles on ne doit au contraire s'attacher qu'au temps de la mort. C'est du reste à cette dernière classe que paraissent appartenir toutes les prohibitions ou restrictions dont l'effet et l'étendue sont bornés, eu égard à la qualité des héritiers légitimes (v. non-seulement art. 913, 915, 1094, mais voyez aussi art. 366, 908, 909-2°, 1049, 1098).

39 *bis*. I. Le tuteur, le médecin, le confesseur (1), ne sont évidemment frappés d'aucune incapacité de droit emportant privation de la faculté d'acquérir à titre gratuit. Les restrictions apportées à cet égard par les articles 907 et 909 reposent uniquement sur la présomption d'une suggestion attentatoire à l'indépendance de la volonté du disposant. Il doit donc s'agir uniquement de savoir si cet obstacle à l'intégrité de la volonté a existé effectivement au moment où la volonté a été exprimée. Je conclus de là que le legs fait par un mineur à celui qui n'était point son tuteur au moment de l'acte, mais qui l'est devenu depuis, sera valable, sans qu'on puisse invoquer au contraire la prétendue incapacité du légataire au temps de la mort. Mais, à l'inverse, je décide que le legs fait au tuteur avant l'apurement de son compte ne deviendra pas valable par l'apurement postérieur du compte survenu avant le décès du testateur ; car celui-ci était incapable au temps de la confection du testament (2).

Pareillement, il est certain, d'après les termes mêmes de l'ar-

(1) Ici, et dans tout ce qui va suivre, j'emploie cette expression, *brevitatis causa,* pour désigner le ministre du culte auquel s'applique l'incapacité de l'article 909. Nous savons, d'ailleurs, que cette incapacité n'est pas exclusivement bornée au confesseur (v. ci-dessus n. 30 *bis*. V).

(2) V. M. Coin de l'Isle, art. 907, n. 2 et 15; v. au contraire Marcadé sur l'art. 907, III.

ticle 909, que le legs fait au médecin ou confesseur avant le commencement de la maladie dont le testateur est mort sera valable, quoique depuis le testateur ait été traité ou assisté par le légataire pendant cette maladie. Mon principe même me mènerait plus loin, et peut-être, en effet, faut-il admettre que le legs, fût-il fait dans le cours de la maladie, vaudrait, si le traitement ou l'assistance n'ont commencé qu'après la confection du testament. Mais, au contraire, le legs fait pendant le cours de la maladie depuis le traitement commencé serait nul quand même la cause d'incapacité cesserait avant la mort du testateur, ce que j'appliquerais au cas où la malade aurait épousé son médecin (1).

39 *bis*. II. Quoique dans mon système l'incapacité relative du malade et de son médecin ou confesseur constitue en réalité une incapacité du testateur, essentiellement et exclusivement applicable au moment de la confection du testament, il est un cas pourtant où elle dégénère en une simple règle de disponibilité, c'est celui où, la disposition étant faite en faveur d'un parent jusqu'au quatrième degré, son efficacité dépend, aux termes de la loi, de la circonstance que le testateur aura ou non des héritiers en ligne directe, et que le légataire sera ou non lui-même du nombre de ces héritiers. Cela revient à dire que, lorsque le médecin ou confesseur est parent au quatrième degré, il n'y a pas véritable incapacité et que pour juger alors de l'effet de la disposition il y aura lieu seulement de considérer la composition de la famille au temps de la mort (2).

39 *bis*. III. Il n'y a aucune difficulté dans mon système à ranger parmi les règles de disponibilité l'incapacité relative des enfants naturels (art. 908). Je conclus sans hésiter que le legs fait à un enfant naturel sera valable si la légitimation a eu lieu depuis.

39 *bis*. IV. C'est aussi dans la catégorie des règles de disponibilité qu'il faut ranger la disposition de l'article 1049 qui subordonne à la condition de *mort sans enfants* la validité de la substitution en faveur des neveux ; et celle de l'article 366 qui, permettant au tuteur officieux l'adoption testamentaire, y met pour condition que le tuteur officieux *ne laisse point d'enfants légitimes*. Mais il en est autrement de la disposition qui n'autorise cette adoption

(1) V. ci-dessus n. 30 *bis*. XIII.
(2) V. ci-dessus n. 30 *bis*. X.

qu'après cinq ans. C'est là évidemment une règle de capacité tendant à s'assurer que la volonté est suffisamment éclairée, règle applicable au moment de la confection du testament. Si donc on suppose le testament fait avant les cinq ans, l'adoption sera nulle, quoique le testateur ait survécu à l'expiration des cinq ans. Au contraire, l'existence d'enfants au moment de la confection du testament qui confère l'adoption après les cinq ans n'empêchera pas la validité de l'adoption, si les enfants sont morts avant leur père (1).

CHAPITRE III.

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE, ET DE LA RÉDUCTION.

40. L'exécution des libéralités, soit entre-vifs, soit à cause de mort, n'est pas subordonnée seulement à l'accomplissement des formes prescrites (art. 893), et à la capacité des personnes qui les font ou qui les reçoivent (art. 901-912); ces libéralités doivent en outre se renfermer dans les limites tracées par la loi. Poser ces limites et fournir les moyens d'y faire rentrer les libéralités excessives, tel est l'objet du législateur dans ce chapitre.

41. Il faut d'abord le reconnaître : parmi les parents que la loi appelle à succéder, il en est dont les droits reposent sur des devoirs tellement sacrés, ou sur des considérations tellement puissantes, qu'on n'a pas dû permettre à la volonté de l'homme de les anéantir. D'un autre côté, on ne pouvait non plus, dans aucun cas, dépouiller entièrement une personne capable d'une faculté aussi précieuse que celle de transmettre, suivant ses affections, au moins une portion de ses biens. Refuser ce droit au père de famille, c'eût été, d'ailleurs, le priver d'un moyen efficace de faire respecter son autorité. La loi a tout concilié en réglant, eu égard à la qualité et au nombre des héritiers,

(1) V. t. 2, n. 105 *bis*. I.

la faculté de disposer, qui peut embrasser, suivant les cas, soit une portion plus ou moins forte (art. 913-915), soit même la totalité des biens (art. 916).

42. Il est évident que tout ce qui n'est pas disponible est, par cela même, réservé aux héritiers que la loi désigne; et ceux-ci sont en conséquence autorisés à faire réduire jusqu'à due concurrence les libéralités excessives.

42 *bis*. I. Ce que le Code appelle *réserve,* le droit romain et l'ancien droit français l'appelaient *légitime*. C'était toujours une portion des biens du défunt attribuée par la loi à certains parents privilégiés à qui la succession aurait appartenu *ab intestat;* de laquelle portion ces parents, sauf le cas d'exhérédation pour causes justes et déterminées, ne pouvaient être privés par l'effet des libéralités du donateur ou testateur. Le principe de la légitime reposait sur l'idée d'un devoir de piété, dont la loi assurait ainsi l'accomplissement. Ce principe, le droit romain l'appliquait en faveur des descendants, des ascendants, et même jusqu'à un certain point en faveur des frères et sœurs (1); la plupart des coutumes, au contraire, et notamment celle de Paris, ne l'appliquaient qu'en faveur des *enfants*. Mais, d'un autre côté, les coutumes, dans le but principalement de conserver les biens dans les familles, restreignaient dans d'étroites limites la faculté de disposer des propres par testament, et assuraient ainsi, sous le nom de *réserve*, le droit de succession des héritiers *du côté et ligne*, quel que fût d'ailleurs leur degré de parenté. De ce simple exposé il résulte que le droit à la *légitime* exclusivement appliqué aux parents d'une certaine qualité s'exerçait également contre les donataires et contre les légataires, tandis que les réserves coutumières protégeaient seulement contre l'excès des dispositions testamentaires et protégeaient ainsi les héritiers *ab intestat*, sans acception de leur titre de parenté. C'est évidemment le principe de la *légitime* qui est consacré par le Code; et pourtant c'est l'expression de réserve qu'il a adoptée.

C'est sans doute pour bien indiquer que la portion dont il s'agit est une part de la succession qui ne peut dès lors être recueillie

(1) *Justin.*, Inst., § 1, *De inoff. test.*

qu'à titre d'héritier. Cette idée, au reste, se trouve pleinement confirmée par l'habitude constante du législateur de désigner sous le nom d'*héritiers* ceux au profit desquels la réserve est établie. (V. art. 917, 922, 924, 1004, 1006, 1009, 1011.) Enfin on arrive encore à cette conclusion si l'on considère la marche suivie par le législateur pour la détermination du *quantum* de la réserve, détermination qu'il n'opère que par voie de conséquence, en proclamant d'abord et principalemant le *quantum* de la quotité disponible. Par là évidemment il donne à entendre que tout ce qui n'est pas disponible reste purement et simplement dans la succession légitime, comme y resterait ce dont il n'aurait pas été effectivement disposé. Or, ce qui reste dans la succession ne peut, dans le silence de la loi, être recueilli qu'à titre d'héritier.

42 *bis*. II. Ainsi envisagée, la réserve, évidemment, ne saurait appartenir aux parents mêmes que leur qualité rend susceptibles de cette faveur, s'ils ne sont pas en ordre de succéder. Ainsi elle n'appartiendrait ni à un descendant exclu de la succession par un descendant plus proche, ni à un ascendant exclu, soit par des descendants, soit par des frères, sœurs ou descendants d'eux, soit par un ascendant plus proche. Par la même raison, elle ne doit point en principe appartenir à un renonçant, car, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Et toutefois, nous avons à voir si et jusqu'à quel point la rigueur de ce principe doit s'appliquer à la renonciation faite par un héritier donataire ou légataire qui se procure ainsi la faculté de retenir le don entre-vifs ou de réclamer le legs à lui fait (art. 845).

42 *bis*. III. Que l'héritier qui renonce perde tout droit à demander la réserve, c'est un point qui, aujourd'hui, n'est pas contesté et qui jamais n'a pu l'être sérieusement; on ne voit pas, en effet, à quel titre agirait le renonçant pour obtenir une part de succession n'étant pas héritier. Mais on concevrait au contraire que l'héritier présomptif, investi par donation ou legs d'un bien dont il devrait rapport à la succession, et qui ne renonce que pour s'en tenir à ce don, fût considéré comme ayant reçu ce don ou ce legs en avance ou par imputation sur sa part de réserve, et qu'il le gardât au même titre, nonobstant sa renonciation, qui serait censée n'avoir trait qu'aux biens composant la succession au jour de son ouverture. Cela une fois admis, on va jusqu'à prétendre que le don ou legs,

imputable d'abord et jusqu'à due concurrence, sur la part qui revenait dans la réserve au donataire ou légataire, conservera son effet pour le surplus, puisque la renonciation dispense du rapport, et qu'il pourra dès lors être retenu jusqu'à concurrence du montant cumulé de la part de réserve et de la quotité disponible. La grande raison pour le décider ainsi, c'est qu'on le peut sans attenter précisément aux droits des autres héritiers, qui conservent entière leur part dans la réserve et par conséquent tout ce que le défunt était tenu de leur laisser. Pourquoi donc alors ne pas respecter dans toute l'étendue possible la libéralité faite par le défunt? Ce respect surtout n'est-il pas commandé quand il s'agit d'une donation entre-vifs, irrévocable de sa nature, et qui le plus souvent aura été faite en faveur de mariage, ou, plus généralement, pour la formation d'un établissement dont il importe de maintenir la dotation? Il est vrai que l'art. 845 n'autorise le renonçant à retenir le don entre-vifs ou à réclamer le legs que *jusqu'à concurrence de la quotité disponible;* mais cela ne peut-il pas s'entendre en ce sens seulement que le don ou legs ne doive jamais entamer la part de réserve revenant aux autres héritiers? or, comme on l'a déjà dit, le droit de ceux-ci ne souffre aucune atteinte si le renonçant ne retient, avec la quotité disponible qui aurait pu être donnée à un étranger, que la part à lui afférente dans la réserve, part dont le défunt l'a investi d'avance. Telle était, en effet, l'ancienne doctrine quant à la légitime, qui ne pouvait être demandée, mais qui pouvait être retenue par le donataire renonçant (1); et c'est ce système qui, d'abord rejeté par la Cour de cassation, dans le célèbre arrêt Laroque de Mons (2), a été depuis consacré par elle dans de nombreux arrêts (3).

42 *bis*. IV. Le grave inconvénient de cette théorie, qui a soulevé et soulève encore de grandes controverses, c'est que, contre la volonté probable du père de famille, elle attribue, suivant les cas, au successible renonçant, un avantage égal, je dis plus, un avantage supérieur à celui qu'obtiendrait un donataire par préciput.

(1) V. Pothier, *Donations*, sect. 3, art. 5.

(2) C. c. Rej. 18 fév. 1818.

(3) C. c. cass., 17 mai 1843 (P. 1843-1-380); *id.* 21 juillet 1846 (P. 1847-1-54); C. c. Rej. deux arrêts 6 avril 1847; *id.* 27 avril 1847 (P. 1-668); C. c. cass., 21 juin 1848 (1849-II-615); *id.* 17 juillet 1854 (P. 1855-1-473).

Je dis un avantage égal, car, comme le préciputaire, le renonçant cumulerait avec la quotité disponible sa part dans la réserve; mais j'ajoute que la position du renonçant serait, à certains égards, meilleure que celle du préciputaire; car ce dernier pourrait être tenu au rapport en nature pour tout ce qui excède le montant de la quotité disponible (v. art. 866, et à ce sujet art. 859 et 924), tandis que le renonçant conserverait en nature le bien donné jusqu'à concurrence du montant cumulé de sa part de réserve et de la quotité disponible. Maintenant, que dans l'ancien droit, le légitimaire renonçant pût jouir de l'avantage du cumul, je ne prétends pas nier absolument l'autorité de ce précédent, et si pour mon compte je ne le crois pas décisif, ce n'est pas que j'attache grande importance à la prétendue différence, signalée notamment dans les considérants de l'arrêt *Laroque de Mons*, entre la légitime et la réserve, différence qui consisterait en ce que la légitime aurait été distributivement attribuée à chaque enfant pour sa part, tandis que la réserve appartiendrait à tous en masse. Je me demande, en effet, si cette différence est bien réelle, et si surtout elle serait de nature à exercer quelque influence sur le résultat cherché des renonciations? La légitime, dit-on, n'était pour chacun qu'une part de la part à lui revenant dans la succession; mais c'était la moitié de cette part, grossie par l'effet de la renonciation des autres, et par conséquent la moitié du tout, quand tous les autres avaient renoncé. De même la réserve attribuée, je le veux, à tous en masse, n'appartiendra certainement à chacun que pour sa part s'ils viennent tous à la succession; mais elle appartiendra en entier aux acceptants, si par l'effet de la renonciation des autres ceux-ci sont censés n'avoir jamais été héritiers.

Ainsi, on le voit, pour la légitime, comme aujourd'hui pour la réserve, la part des renonçants accroissait aux acceptants, et un donataire étranger n'aurait pas pu profiter de la renonciation de quelqu'un des enfants pour retenir, outre la moitié dont le défunt avait pu disposer à son profit, le montant de la légitime du renonçant. Si ce droit était reconnu au légitimaire renonçant quand c'était lui qui était donataire, c'est uniquement parce que sa renonciation, pour s'en tenir à son don, n'était pas considérée comme une renonciation pure et simple, et que, cette renonciation ne s'appliquant pas à sa légitime, qu'il avait reçue d'avance, elle ne don-

nait pas lieu à accroissement au profit des autres. Par ce moyen, au reste, on parvenait à échapper à la rigueur des coutumes d'égalité, qui ne permettaient point au père d'avantager un de ses enfants par préciput. Maintenant y a-t-il lieu de raisonner de même sous l'empire du Code civil? On le pourrait certainement, sans contrarier le système, qui ne voit avec raison dans la réserve qu'une part de succession. Mais en arrivant ainsi à procurer au successible donataire l'avantage du cumul de la réserve et de la quotité disponible, on irait directement contre les termes de l'art. 845, qui, quelques efforts qu'on fasse pour les éluder, n'autorisent à retenir le don que jusqu'à *concurrence de la quotité disponible;* j'ajoute qu'on s'écarterait de la volonté probable du donateur, qui, maître aujourd'hui d'avantager un de ses enfants, en lui donnant par préciput (art. 843, 844, 919), ne doit pas être censé avoir voulu le faire quand il a donné sans clause de préciput. Disons plus, si l'on s'attachait strictement à cette présomption de volonté, le droit du donataire ou légataire renonçant ne devrait jamais dépasser la valeur de sa part héréditaire (souvent inférieure à celle de la quotité disponible). Car, le don ou legs fait au successible, n'étant censé fait qu'en avancement d'hoirie ou en compensation de son droit héréditaire, semblerait devoir se renfermer toujours dans la mesure de ce droit. Mais la loi a été plus généreuse envers le successible donataire ou légataire en lui permettant d'échapper par sa renonciation à l'obligation du rapport, et de profiter ainsi de son titre comme en profiterait un étranger. Par là on satisfait à tous les intérêts légitimes, et l'on assure, dans une juste mesure, aux établissements formés sur la foi de l'avancement d'hoirie, toute la faveur à laquelle ils peuvent prétendre, puisqu'on confère à cet avancement d'hoirie la même solidité qu'à une donation ordinaire.

Telles sont les raisons qui, malgré l'autorité des nombreux arrêts de la Cour de cassation, me déterminent à repousser par le texte et par l'esprit de la loi le système du cumul, auquel résistent encore plusieurs cours d'appel, et dont le triomphe, en jurisprudence, doit, dès lors, être considéré comme douteux, tant qu'un arrêt des chambres réunies ne l'aura pas consacré. Je dois le dire, même quand un arrêt de ce genre interviendrait, je crois que la doctrine devrait continuer à présenter ses objections; car on pour-

rait toujours espérer de voir la Cour de cassation, qui ne cherche que la vérité, revenir ici sur ses pas, comme elle l'a déjà fait dans plus d'une occasion.

42 *bis*. V. Maintenant, si, comme je le pense, les termes de l'art. 845 proscrivent absolument le système du cumul, et restreignent à la mesure de la quotité disponible la rétention permise au donataire ou légataire renonçant, est-ce à dire que celui-ci doive être en tout point assimilé à un donataire ou légataire étranger? C'est, il faut en convenir, l'idée qui se présente la première comme conséquence du principe que l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier. S'il en est ainsi, le don ou legs, réduit à la mesure de la quotité disponible, s'imputera tout entier sur cette quotité; ce qui réduira d'autant et pourra même anéantir, contre l'intention probable du père de famille, la faculté si précieuse, et si utile à maintenir, de disposer à titre gratuit dans la mesure légale. Ce résultat, dis-je, serait contraire à l'intention probable du père de famille qui, en donnant ou léguant à son successible sans clause de préciput, n'entendait disposer ainsi à son profit qu'en avancement de sa part héréditaire ou par imputation sur cette part. Or, il arriverait que par un caprice de la volonté du successible, ou par l'effet d'un concert avec ses cohéritiers, celui-ci, en renonçant, changerait le titre auquel il a reçu, et paralyserait ainsi l'exécution des libéralités faites par le défunt. Cet inconvénient est grave et pourrait se présenter fréquemment, car presque toujours, quand un père de famille aura de son vivant établi plusieurs de ses enfants, les avancements d'hoirie égaleront ou dépasseront la mesure de la quotité disponible, et s'ils s'imputent en entier sur cette quotité, ils feront obstacle à l'exécution de toutes donations postérieures, et frapperont de caducité tous les legs, quelque respectable que puisse être la cause qui aurait dicté ces libéralités. Et maintenant, ne serait-il pas à craindre que les pères de famille, jaloux de conserver la faculté de disposer, ne fussent moins enclins à faire des avancements d'hoirie? Tous ces dangers disparaîtront, ou du moins s'atténueront notablement, si le montant du don ou legs retenu par le renonçant s'imputait d'abord sur sa part de réserve; car ce don ou legs n'affecterait alors la quotité disponible que pour ce dont le montant de la retenue autorisée excéderait le *quantum* de la part de réserve, c'est-à-dire ce dont la portion

disponible, qui n'est jamais inférieure au quart, dépasserait la part de chaque héritier dans la réserve. Ce système est parfaitement conciliable avec les termes de l'art. 845, qui indique bien le *quantum* de la portion disponible comme limite de la retenue, mais qui ne statue point sur la question d'imputation, et qui, par la place même qu'il occupe, est étranger à cette question. On objecte que pour pouvoir imputer sur la réserve il faut avoir droit à cette réserve, et que le renonçant n'y a aucun droit, puisqu'il est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Mais la question est précisément de savoir si le principe général de l'art. 785 est applicable à celui qui ne renonce que pour s'en tenir à ce qu'il a reçu; et la négative sur ce point me paraît résulter de la rétention même que la loi lui accorde; car lui permettre de retenir ce qu'il a reçu en avancement d'hoirie (par conséquent à titre héréditaire), c'est lui permettre virtuellement de conserver dans cette limite le titre d'héritier.

Maintenant les partisans du cumul, d'accord avec nous sur la question d'imputation, font une autre objection contre la limitation de la retenue à la mesure de la quotité disponible. En effet, disent-ils, retrancher l'excédant du don sur la quotité disponible, quand, au moyen de l'imputation partielle sur la réserve, le don ainsi réduit n'absorbe pas cette quotité, c'est opérer ce retranchement au profit des donataires postérieurs ou des légataires contre le prescrit formel de l'art. 921. Mais cette objection ne m'arrête pas, car ce n'est pas aux donataires ou légataires que doit, dans mon système, être accordée l'action en retranchement, et ce n'est pas non plus absolument ni directement qu'ils doivent profiter de ce retranchement. C'est aux héritiers qu'appartiendra exclusivement l'action en retranchement fondé sur l'art. 845. Mais si, au moyen de cette action, qu'ils exerceront à titre héréditaire, ils obtiennent leur réserve, les donataires pourront, dans la limite de ce qui restera disponible, retenir les biens dont ils sont en possession, et pareillement les donataires de quantité non encore payés ou les légataires pourront obtenir, dans cette même limite, leur payement sur les biens demeurés en nature dans la succession; que si, par suite des avancements d'hoirie, il ne se trouvait pas de biens en nature dans la succession, les donataires non payés ou les légataires ne pourraient, sous prétexte qu'au moyen de l'action qu'ils ont les uns contre les autres,

les héritiers obtiennent une valeur supérieure à leur réserve, exiger leur payement sur les biens provenant du retranchement. Là s'appliquerait le principe qui refuse aux créanciers, aux donataires et aux légataires l'action en réduction et le profit de cette action. Un exemple suffira pour faire bien saisir ma pensée. Supposons quatre enfants, la masse formée aux termes de l'art. 922 est de 48, — quotité disponible, 12; réserve de chaque enfant, 9. L'enfant renonçant a reçu 48, il ne retiendra que 12; et les trois autres enfants se partageront les 36 retranchés; ce qui donnera à chacun 12, quoique sa réserve ne fût que de 9. Quant aux donataires de quantité non payés et aux légataires, ils n'auront rien à prétendre. Mais si l'avancement d'hoirie n'est que de 39, et qu'il reste 9 dans la succession, le retranchement même de 27 que subira le renonçant donnera à chacun de ses frères 9, montant de la réserve, et les 9 restant dans la succession seront délivrés aux donataires ou légataires, parce que la quotité disponible de 12 n'aura été entamée que pour 3 par le renonçant.

Ce système d'imputation sur la réserve, avec limitation de la retenue à la mesure de la quotité disponible, n'est, comme on voit, nullement en désaccord avec les termes de l'art. 845, il n'est pas contredit par l'art. 785, qui ne peut avoir en vue le cas de renonciation dont il s'agit; il ne viole pas non plus l'art. 921; il s'appuie jusqu'à un certain point sur l'autorité de l'ancien droit, qui permettait, non de demander, mais de retenir la légitime en renonçant; il ne s'en éloigne que pour se renfermer strictement dans les termes de l'art. 845. Il offre l'avantage de concilier ainsi les intérêts du successible établi et ceux du père de famille, puisque, d'une part, il assure à l'avancement d'hoirie tout l'effet dont serait susceptible une donation pure et simple, et que, d'autre part, il ménage, dans une juste mesure, pour le père de famille, la faculté de disposer, dans laquelle réside pour lui l'exercice légitime du droit de récompenser et de punir.

Telles sont les raisons graves qui me paraissent mériter à ce troisième système la préférence sur celui du cumul, admis en ce moment par la Cour de cassation, et sur celui qui assimile entièrement à un donataire étranger le successible qui renonce, pour s'en tenir à son don. En le consacrant, on ne s'éloignerait nullement de la doctrine qui a dicté deux arrêts célèbres, rendus par la Cour de

cassation en 1829 (1) et en 1834 (2), doctrine dont on a tiré depuis, bien mal à propos selon moi, une conséquence extrême, en autorisant, contre le prescrit de l'art. 845, le cumul de la part de réserve et de la quotité disponible.

Quant à l'application du système, au cas où il aurait été fait successivement plusieurs avancements d'hoirie, elle n'offre pas de difficulté sérieuse. Il est clair, en effet, que le second donataire en avancement d'hoirie, retenant à tout événement son don jusqu'à concurrence de sa part de réserve, pourra étendre sa retenue au delà, si la portion de quotité disponible, non absorbée par le premier, dépasse le montant de sa part de réserve. Et ainsi de suite, de manière que chaque enfant donataire en avancement d'hoirie puisse en renonçant retenir toujours le don jusqu'à concurrence de sa part de réserve, mais ne puisse rien retenir au delà, si l'excédant de la portion disponible sur la réserve est absorbée par les donations antérieures (3). Soit, par exemple, une succession de cent vingt, six enfants, quotité disponible trente, part de réserve quinze. Primus a reçu vingt-cinq; il les gardera et imputera dix seulement sur la quotité disponible ainsi réduite à vingt. Secundus a reçu aussi vingt-cinq; il en gardera vingt, dont cinq s'imputeront sur la quotité disponible ainsi réduite à quinze. Tous les autres pourront retenir quinze, si tout leur a été donné, mais le tout s'imputera sur leur réserve; de telle sorte que les quinze demeurés disponibles pourront servir à acquitter les libéralités faites par le père de famille.

42 *bis*. VI. Le système que je défends est vaillamment soutenu par les savants annotateurs de Zachariæ, MM. Aubry et Rau (4).

M. Duranton (5) arrive au même résultat en accordant au père qui a donné en avancement d'hoirie le droit de reprendre sur la réserve, par une sorte de rachat ou de compensation, la part qu'y aurait eue sans sa renonciation l'enfant auquel il a donné tout ou partie de la quotité disponible. Mais il me semble préférable d'arriver au but par la voie droite, et de décider hardiment que le don retenu,

(1) C. c. Rej. 11 août 1829. (P. t. 85, p. 5.)
(2) C. c. Cass. 25 mars 1834. (P. t. 99, p. 48.)
(3) Caen, 25 juillet 1837. (P. 1837-2-440.)
(4) V. Zachariæ, n. 684 *ter*, n. 12, t. 4, p. 163.
(5) V. M. Duranton, t. 7, n. 287, 288.

dans la mesure de la quotité disponible, s'impute d'abord sur la part de réserve, et subsidiairement sur la quotité disponible.

Marcadé (1) a un autre système qui va bien plus loin, et que pour mon compte je ne saurais admettre. Selon lui, le don au successible n'étant fait qu'en avancement d'hoirie, ce titre est annulé par la renonciation; et comme, en donnant à ce titre, le père de famille n'entendait nullement altérer la faculté de disposer dans les limites légales, l'auteur en conclut que le renonçant ne pourra retenir jusqu'à concurrence de la quotité disponible qu'autant que le défunt n'aura pas disposé, entre-vifs ou par testament, de cette quotité. Ainsi, dans le cas contraire, le renonçant ne retiendrait rien. C'est là, à mon avis, fausser le sens de l'art. 845 et anéantir virtuellement la faculté accordée par cet article de retenir en renonçant; faculté fondée, selon moi, sur la nécessité d'assurer à l'enfant établi par son père tout l'avantage qu'il aurait d'une constitution de dot faite par un étranger. Aussi n'hésité-je pas à rejeter ce système.

43. Le droit à la réserve n'étant qu'un droit de succession; et d'autre part, ce droit étant l'unique cause des restrictions apportées à la faculté de disposer, c'est évidemment à l'époque de la mort qu'il faut s'attacher, soit pour régler, d'après la qualité et le nombre des héritiers, la portion disponible; soit pour en fixer le montant, en composant d'abord la masse générale de tous les biens qui se trouvent effectivement dans la succession, ou qui s'y trouveraient si le défunt n'avait fait aucune libéralité.

43 *bis*. I. Quand on dit que l'époque de la mort est seule à considérer pour la détermination de la quotité disponible, eu égard à la composition de la famille du défunt, cela est dit par opposition à l'époque de la donation ou du testament; mais cela ne veut pas dire nécessairement qu'on doive s'attacher à la composition de la famille à l'époque du décès, sans égard aux renonciations postérieures qui ont pu changer l'ordre de dévolution de la succession. Ainsi, incontestablement, l'existence d'enfants au temps de la mort ne donnera pas lieu à l'application de l'art. 913, si tous les

(1) V. Marcadé sur l'article 845, II.

enfants renoncent, et sont ainsi censés n'avoir jamais été héritiers. C'est alors, suivant les cas, l'art. 915 ou l'art. 916 qui deviendra applicable. Si quelque doute pouvait exister à cet égard, il disparaîtrait en présence de l'art. 921, qui n'accorde l'action en réduction qu'à ceux au profit desquels la loi fait la réserve. Car ceux qui ont renoncé ne sauraient avoir l'action, puisqu'ils ont abdiqué tout droit à la succession dont la réserve fait partie, et ceux qui viennent à leur défaut ne peuvent non plus agir, puisque ce n'est pas à leur profit que la donation est faite.

43 *bis*. II. Du même principe il semblerait également résulter qu'au cas de l'art. 913, où la loi détermine, eu égard au nombre des enfants, le *quantum* de la quotité disponible, s'il y a renonciation, non pas de tous les enfants, mais de quelques-uns, on ne devrait, pour la détermination de la quotité disponible, tenir compte que des enfants acceptants. Toutefois, nous allons voir bientôt si cette idée, très-conciliable, je crois, avec les termes de l'art. 913, doit être en effet admise, et s'il ne faut pas au contraire, sinon la rejeter complétement, au moins ne l'admettre qu'avec distinction (1).

SECTION I.

De la portion de biens disponible.

44. C'est seulement en faveur des descendants et des ascendants que la loi limite à une certaine portion la faculté de disposer (art. 913-916).

44 *bis*. Ainsi il n'y a point de réserve pour les frères et sœurs ou neveux, qui pourtant sont préférés dans l'ordre de succession légitime aux ascendants, plus favorisés qu'eux sous ce rapport. On en peut donner pour raison que la succession des frères et sœurs n'est fondée que sur l'affection présumée du défunt; tandis que celle des ascendants repose sur l'idée de devoir, et notamment sur l'obligation qu'avait le défunt de leur fournir, s'il y avait lieu, des aliments. Maintenant, si l'on dit que faire succéder les frères et sœurs de préférence aux ascendants, c'est sacrifier le devoir à

(1) V. ci-dessous n. 45 *bis*. I-III.

l'affection, il est facile de répondre que le devoir n'est pas sacrifié quand les frères et sœurs, descendants eux-mêmes des ascendants, seront tenus envers eux des mêmes obligations que le défunt. Mais la réponse ne s'applique plus si les frères et sœurs sont d'un seul côté, et appartiennent précisément à la ligne à laquelle l'ascendant n'appartient pas. Pour ce cas, je l'avoue, je ne trouve pas aussi facile de justifier la théorie de la loi; peut-être, en effet, est-il à regretter que le législateur, qui applique aux frères et sœurs entre eux le principe de division en deux lignes, ne le leur ait pas également appliqué au regard des ascendants, de manière que les frères ne pussent exclure les ascendants qu'à la condition d'appartenir à leur ligne, et par conséquent de descendre d'eux.

45. La portion disponible, pour celui qui laisse des enfants, se règle sur leur nombre; elle est toujours au moins d'une part d'enfant; elle n'est jamais inférieure au quart des biens. (V. art. 913.)

45 *bis*. I. La plupart des auteurs, en s'attachant strictement aux termes de l'art. 913, enseignent que la détermination de la quotité disponible doit toujours se faire d'après le nombre des enfants existants, et que s'il y a parmi eux des renonçants, la part de ceux-ci dans la réserve doit, par application de l'art. 786, accroître aux acceptants. Il est clair, au reste, qu'en suivant cette idée, il faut dire également qu'en cas de renonciation de tous les enfants du premier degré, il s'opérerait la dévolution au profit des descendants des degrés ultérieurs (V. art. 786). Mais la dévolution s'arrêterait là, et n'aurait pas lieu au profit des parents d'un autre ordre succédant à défaut des enfants ou descendants tous renonçants. Car ce n'est point au profit de ceux-là qu'est faite par la loi la réserve dont il s'agit, et cette réserve, à leur égard, serait sans objet et sans efficacité, puisque l'art. 921 ne leur permettrait pas d'agir en réduction.

Quoi qu'il en soit, cette interprétation littérale de l'art. 913 n'est pas celle que je préférerais, si l'on devait admettre d'une manière absolue que les renonçants n'ont aucune part dans la réserve. Car il me semble bien que c'est en vue du nombre des enfants qui doivent la partager que la loi grossit cette réserve, en

diminuant d'autant plus la quotité disponible; et l'on pourrait, je crois, sans faire violence aux termes de la loi, ne considérer ici comme enfants *laissés* par le défunt que ceux *qu'il laisse pour héritiers*. Mais si nous admettons que l'enfant qui renonce pour s'en tenir à son don doit imputer ce don sur sa part de réserve, il est clair qu'on ne pourra se dispenser de compter cet enfant pour le calcul de la quotité disponible, puisqu'à un titre quelconque il retiendra une part de la réserve.

45 *bis*. II. Ma pensée est donc que l'enfant qui renonce purement et simplement ne compte pas plus pour grossir la part de réserve de ses frères et sœurs, qu'il ne compterait, à défaut d'autres enfants ou descendants, pour faire attribuer une réserve aux héritiers de l'ordre subséquent, à qui la succession est dévolue par l'effet de sa renonciation. Dans l'un comme dans l'autre cas, je m'attache à cette idée, qu'étant censé n'avoir jamais été héritier (art. 785), il ne peut servir à déterminer l'établissement ou la composition d'une réserve que la loi ne constitue qu'en faveur des héritiers, et par conséquent eu égard au nombre ou à la qualité de ceux qui viennent à la succession. Vainement argumenterait-on en faveur des autres enfants du principe de l'accroissement; car, sous le rapport de la détermination du *quantum* de la réserve, ce principe ne doit pas avoir plus de force que n'en aurait, pour la constitution même de la réserve, le principe de la dévolution au degré, ou, pour mieux dire, à l'ordre subséquent. (V. art. 786.)

Mais si l'enfant ne renonce que pour s'en tenir à son don, comme, suivant ma doctrine, il retient sur ce qui lui a été donné sa part de réserve (1), il est tout simple qu'il soit compté pour la détermination de la réserve, comme il le serait s'il venait à la succession.

45 *bis*. III. A cet égard, pourtant, je me demande ce qui arriverait si le montant du don retenu n'équivalait pas à la part de réserve. Il semblerait alors que, ne prenant qu'une fraction de part dans la réserve, le renonçant ne devrait pas compter pour la détermination comme un enfant prenant part entière. On pourrait donc, en s'attachant à cette idée, distraire de la masse sur laquelle doit se calculer le montant de la quotité disponible la valeur du bien retenu par le renonçant, et sur le surplus des biens

(1) V. ci-dessus n. 42 *bis*. V.

faire le calcul, eu égard seulement au nombre d'enfants venant à la succession. Ainsi, soient deux enfants : patrimoine, 120; réserve de chaque enfant, 40. Le renonçant a reçu 30, il reste 90 dont, en présence d'un seul enfant acceptant, la moitié, 45, formera en définitive la quotité disponible.

Mais peut-être vaut-il mieux dire, pour plus de simplicité, que le successible donataire qui renonce est censé par là même accepter pour part de réserve l'objet qu'il retient, et qu'il doit dès lors être compté à tout événement comme prenant sa part entière. Ainsi, dans l'espèce, la quotité disponible resterait fixée au tiers des biens, 40, et c'est l'enfant acceptant qui profiterait seul, par accroissement, de l'excédant réel de la part de réserve du renonçant sur le montant de la retenue.

45 *bis*. IV. Ce que j'ai dit du renonçant pur et simple semble devoir s'appliquer à l'indigne, qui en définitive n'aura pas de part dans la réserve. Je crois, en conséquence, que les donataires ou légataires, intéressés à voir grossir le montant de la quotité disponible, auront qualité pour faire prononcer dans ce but, et en ce qui les concerne, l'exclusion pour indignité. A plus forte raison, si ce sont les héritiers qui ont eux-mêmes poursuivi et obtenu l'exclusion, les donataires ou légataires pourront-ils en argumenter contre eux, pour les empêcher de compter dans le nombre d'enfants servant à déterminer la quotité disponible celui qu'ils ont fait exclure.

45 *bis*. V. Quant aux enfants absents, il est clair qu'on ne peut les compter, puisque leur existence est incertaine. Mais bien entendu que tous les droits seraient réservés pour le cas où l'existence, au temps de l'ouverture de la succession, viendrait à être prouvée.

46. Le mot *enfants*, dans sa signification générale, embrasse les descendants à quelque degré que ce soit; et le législateur déclare en effet comprendre ici sous le nom d'enfants tous les descendants du défunt. Toutefois, la mort d'un enfant du premier degré qui laisserait plusieurs enfants ne pouvant raisonnablement avoir pour effet la diminution de la quotité disponible, la loi veut que les descendants ne soient comptés que pour l'enfant qu'ils *représentent*. (V. art. 914.)

46 *bis*. Tous s'accordent à reconnaître qu'il ne faut pas prendre

à la lettre dans son sens technique l'expression *représenter* dont la loi s'est ici servie; évidemment, en effet, si en cas de renonciation ou d'indignité des enfants du premier degré, les descendants sont appelés à succéder de leur chef et par tête, il serait absurde que cette dévolution de la succession à des parents du même ordre, mais d'un degré inférieur, eût pour effet de diminuer la quotité disponible. La pensée du législateur est nécessairement que les descendants ne comptent jamais que pour l'enfant dont ils sont issus.

Il est d'ailleurs bien entendu que les descendants auxquels s'applique l'article 914 sont uniquement ceux qui sont en ordre de succéder; car pour être héritier à réserve il faut d'abord être héritier. Il est donc évident qu'on ne doit tenir aucun compte des enfants de l'indigne ou du renonçant, quand il reste d'autres enfants du défunt, ou des descendants de ceux-ci admis à les représenter. Quant aux enfants de l'absent, s'il est vrai, comme je crois l'avoir démontré (1), qu'ils jouissent du bénéfice de la représentation, il n'y a aucune difficulté à leur faire l'application des termes mêmes de notre article.

47. Quoique la loi, en établissant ici la réserve au profit des enfants, n'ait compris dans ses termes que les enfants légitimes, on tient cependant aujourd'hui généralement que les enfants naturels ont droit à une réserve. Cette conséquence se tire de la combinaison des art. 913 et 757, combinaison qui sert également à déterminer le *quantum* de cette réserve.

47 *bis*. I. Cette doctrine a d'abord été vivement controversée. Pour la repousser on tirait de l'article 913 un puissant argument *a contrario*, et l'on ne voulait voir dans l'article 757, eu égard à la place qu'il occupe, que l'établissement d'un droit de succession *ab intestat*, droit qui, par sa nature, ne prévaut pas contre la volonté contraire du défunt. Mais comme l'équité et l'esprit évident du législateur réclamaient en faveur de la réserve, on a, selon moi avec raison, écarté l'objection tirée du classement de l'article 757, et s'attachant à ses termes, on y a trouvé une base suffisante pour l'établissement de cette réserve. S'il est vrai, en effet, que la réserve

(1) V. t. 1, n. 174 *bis*. V, et t. 3, n. 50 *bis*. I.

est une portion *héréditaire* assurée par la loi aux parents d'une certaine qualité, et notamment aux enfants légitimes, il faut bien dire qu'elle est accordée à l'enfant naturel par l'article 757, qui lui donne droit à une quote-part de la portion *héréditaire* qu'il aurait eue s'il eût été légitime (1). Il est vrai que cet argument de texte n'a de valeur que pour le cas de concours de l'enfant naturel avec des enfants légitimes; car dans les autres cas les termes de la loi, en déterminant la quote-part revenant à l'enfant naturel, ne prennent plus pour type une portion héréditaire, et lui attribuent simplement une moitié, trois quarts, ou la totalité de la succession.

Mais comme l'idée de prendre pour base des droits de l'enfant naturel le droit héréditaire d'un enfant légitime, idée exprimée pour le cas de concours avec des enfants légitimes, n'a rien d'incompatible avec l'application faite à la succession entière des droits plus ou moins étendus que la loi lui confère, soit en face d'héritiers qu'il aurait exclus s'il eût été légitime, soit à défaut d'héritiers, n'est-il pas raisonnable, dans l'impossibilité où l'on est d'admettre dans un cas l'existence d'une réserve pour l'enfant naturel sans l'admettre dans tous, n'est-il pas raisonnable, dis-je, de s'emparer de cette base et d'attribuer à l'enfant naturel, suivant les distinctions faites par les articles 757 et 758, le tiers, la moitié, les trois quarts ou la totalité de la réserve qui lui aurait appartenu s'il eût été légitime. Ce système, au surplus, est aujourd'hui, je crois, généralement admis.

47 *bis*. II. Quant à la manière d'opérer sur cette base pour déterminer la réserve, le procédé sera fort simple, il consistera, comme quand il s'agit de déterminer la portion revenant *ab intestat*, à considérer fictivement l'enfant naturel comme légitime, et à rechercher la part de réserve qui dans cette supposition lui aurait appartenu. C'est de cette part qu'on lui attribuera le tiers, la moitié, les trois quarts (art. 757), ou la totalité (art. 758). Si donc, par exemple, il y a un seul enfant légitime et un enfant naturel, la réserve revenant à l'enfant naturel, en le supposant légitime, eût été d'un tiers, puisqu'il y aurait eu alors deux enfants

(1) V. t. 3, n. 76 *bis*. III; v. aussi C. c. cass., 26 juin 1809. (P. t. 24, p. 257.)

légitimes. Sa réserve d'enfant naturel sera donc du tiers de ce tiers, c'est-à-dire d'un neuvième (1).

47 *bis*. III. J'applique également ici, pour la détermination de la part de réserve, ce que j'ai dit ailleurs pour celle de la portion *ab intestat*, qui varie suivant la qualité des parents *laissés* par le défunt. Ma pensée est toujours qu'il n'y a lieu de tenir compte des parents qu'autant qu'ils viennent à la succession (2). Mais cette règle que j'applique au cas où les parents successibles abdiquent leur qualité par une renonciation ou sont exclus pour indignité, je ne saurais l'étendre au cas où c'est par l'effet d'un legs universel qu'ils se trouvent écartés. Bien entendu que je raisonne dans l'hypothèse de l'article 1006, où les successibles ne sont point héritiers à réserve; car s'ils l'étaient, le legs universel ne ferait point obstacle à leur saisine, et c'est toujours leur qualité qui servirait à déterminer la proportion de la réserve due à l'enfant naturel. Mais je dis qu'il en doit être ainsi dans le cas même que je suppose, où la saisine du légataire exclut celle des héritiers légitimes. Ma grande raison pour le décider ainsi, c'est qu'en présence de l'article 908 je ne puis reconnaître à la volonté du testateur le pouvoir d'égaler les droits d'un enfant naturel à ceux d'un enfant légitime. Or c'est pourtant ce qu'il ferait si, par l'effet du legs universel, il pouvait rendre applicable à l'enfant l'article 758, qui n'autorise et ne consacre ce résultat que lorsque les père et mère ne laissent pas de parents au degré successible. Et qu'on ne dise pas que le legs, en réduisant l'enfant à la réserve, ne lui attribue pas plus en définitive qu'il n'était permis de lui laisser aux termes de l'article 908. Quand il en serait ainsi, il y aurait toujours contravention indirecte à l'article 908, en ce sens que par un acte de sa volonté le père ou la mère procurerait à l'enfant une réserve plus forte que celle qui de droit commun devait lui revenir et qui lui serait en effet revenue si, au lieu de faire un legs universel, le défunt n'avait fait que des donations ou des legs, soit particuliers, soit même à titre universel. Mais il est des cas où la réserve égale à celle d'un enfant légitime dépasserait effectivement la part revenant à l'enfant *ab intestat*. Si l'on suppose par exemple un frère et deux enfants naturels, ces

(1) V. C. c. cass., 26 juin 1809. (P. t. 24, p. 257.)
(2) V. t. 3, n. 75 *bis*. I.

derniers, aux termes précis de l'article 757, n'étaient appelés ensemble qu'à la moitié de la succession. Maintenant si l'exclusion du frère par le legs universel attribue aux deux enfants naturels la réserve d'enfants légitimes, ce n'est plus la moitié, ce sont les deux tiers qu'ils obtiendraient en vertu de l'article 913. On le voit donc, il y aurait contravention flagrante à la règle si morale de l'article 908.

47 *bis*. IV. A l'aide des principes ci-dessus, il devient facile de déterminer dans toutes les hypothèses le montant de la réserve des enfants naturels. Mais il reste à savoir à qui doit profiter le retranchement par eux subi sur la réserve d'enfant légitime prise pour type de la leur. Une idée fort simple consisterait à prélever sur la succession entière la réserve attribuée aux enfants naturels, et ce prélèvement fait, à liquider et répartir entre les intéressés le reste de la succession, absolument comme si les enfants naturels n'existaient pas. Ainsi se trouve tranchée la question proposée; car il est bien clair que le retranchement subi restant dans la masse se répartira comme on vient de le dire avec le reste des biens. Le résultat sera, s'il y a des héritiers à réserve, de diminuer proportionnellement le chiffre de la quotité disponible et celui de la réserve, de la même manière qu'il se trouverait diminué par l'acquittement d'une dette de la succession. Cela revient à dire que la réserve et la quotité disponible calculées aux termes des articles 913 et 915, eu égard au nombre et à la qualité des *héritiers*, contribueront proportionnellement à fournir la part des enfants naturels.

47 *bis*. V. Mais est-il juste qu'il en soit ainsi au cas prévu par l'article 913, lorsque le nombre des enfants légitimes égalant ou excédant trois, la quotité disponible est invariablement fixée au quart de la succession entière, si bien que la présence d'un enfant de plus n'opérerait de diminution que sur la part de réserve des autres? Dans ce cas n'est-ce pas uniquement sur la réserve que doit être fournie la part réduite de l'enfant naturel comme le serait la part entière qui lui reviendrait s'il était légitime? Ce sentiment, qui est, je crois, le plus généralement suivi, est combattu par M. Troplong (1). Selon lui, dans ce cas, comme dans tous les autres, la part de l'enfant naturel doit être fournie proportionnellement par la réserve et

(1) V. M. Troplong, *Donations*, t. 2, n. 779.

par la quotité disponible. La raison qu'il en donne, c'est que la réserve de l'enfant naturel, quelque procédé qu'on emploie pour en déterminer le montant, n'est toujours qu'une charge de la succession, qui, comme les autres dettes du défunt, diminue la masse générale de patrimoine, aussi bien par conséquent la quotité disponible que la réserve. L'objection certes ne manque pas de gravité, toutefois n'y faut-il pas répondre qu'à la vérité la réserve de l'enfant naturel a son principe dans une obligation du défunt; mais que cette obligation, la loi, comme par une sorte d'abonnement, l'a liquidée et convertie en un droit de succession irrégulière, et que ce droit de succession, étant calqué sur le droit héréditaire d'un enfant légitime, ne peut atteindre que ceux qui seraient atteints par l'exercice du droit héréditaire qui lui sert de type? Telle est l'idée qui, selon moi, doit prévaloir, et qui m'empêche de me ranger au sentiment de M. Troplong.

48. On ne peut douter non plus qu'il y ait une réserve pour les enfants adoptifs, puisque la loi leur accorde sur la succession de l'adoptant *les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage* (art. 350). Il est clair dès lors qu'on doit à cet égard appliquer purement et simplement l'art. 913.

49. Quant à l'art. 914, il s'applique sans difficulté aux enfants légitimes de l'enfant naturel, appelés à la succession par l'art. 759 (1). A l'égard des enfants de l'adopté, on ne peut davantage hésiter à le leur appliquer si l'on admet leur vocation à la succession (2).

50. Lorsqu'à défaut de descendants la succession légitime est dévolue à des ascendants, la quotité disponible est réglée indépendamment de leur nombre. On examine seulement s'il y en a dans les deux lignes, ou dans l'une d'elles seulement. Dans le premier cas, la quotité disponible est de moitié; dans le second, elle est des trois quarts; le surplus des biens forme la réserve; cette réserve, du reste, n'étant qu'une succession *ab intestat*, il est clair que les ascendants ne peuvent y

(1) V. t. 3, n. 78 et 78 *bis*.
(2) V. à ce sujet t. 2, n. 85 *bis*. III.

avoir droit que dans l'ordre où la loi les appelle à succéder. Que s'ils sont appelés à la succession légitime en concours avec des collatéraux, ces derniers, au profit desquels la loi ne fait aucune réserve, ne peuvent, en partageant avec les ascendants, aux termes des art. 748, 749, 751, 753, réduire la part de ceux-ci au-dessous de la quotité fixée pour leur réserve. (V. art. 915.)

50 *bis*. I. La disposition qui fait varier de la moitié aux trois quarts la quotité disponible fixe à un quart la réserve des ascendants de chaque ligne. Cette réserve est attachée à la qualité d'ascendant, nom générique sous lequel sont ici compris même les père et mère. Seulement s'il est vrai qu'ici, comme dans le cas précédent, la réserve ne peut appartenir qu'à des héritiers, les ascendants n'y ont droit qu'autant qu'ils sont en ordre de succéder; et la prérogative des père et mère consiste en ce qu'ils peuvent se trouver en ordre de succéder, dans un cas où les autres ascendants, appelés à leur défaut, seraient exclus : je veux parler du concours accordé aux père et mère seuls avec les frères et sœurs ou descendants d'eux. Ce qu'il y a de remarquable dans ce cas, c'est que la réserve alors n'est pas seulement d'une portion de la part revenant *ab intestat*, elle est de la part entière. (Conf. art. 915, 748, 749.)

50 *bis*. II. La réserve n'étant ainsi établie que par voie de conséquence, on eût été peut-être tenté d'en conclure que tout ce qui n'est pas disponible, ou ce dont il n'aurait pas été effectivement disposé, se répartirait purement et simplement entre les héritiers légitimes dans la même proportion que si, à défaut de disposition, la répartition portait sur la succession entière. C'est cette idée que la loi prend soin d'exclure en expliquant d'abord que les biens réservés le sont *au profit des ascendants*, et que, sans qu'il soit d'ailleurs dérogé aux principes qui établissent le partage entre eux et des collatéraux (v. art. 733, 748, 749), eux seuls ont droit à cette réserve, si le partage ne la leur donne pas : c'est-à-dire qu'elle leur sera complétée sur la part des autres, s'ils ne la trouvent pas dans leur propre part. Il va sans dire, d'après cela, qu'il n'y aura lieu à aucun partage entre les ascendants et les collatéraux, si la quotité disponible tout entière est épuisée en libéralités.

50 *bis*. III. On le voit, la qualité d'héritiers à réserve qui appartient aux ascendants en concours avec des collatéraux, à qui la loi refuse cette prérogative, n'est pas en elle-même une raison pour changer les bases du partage prescrit entre eux par les articles 733, 748 et 749. Ainsi, lorsqu'il n'aura été disposé de rien, la succession entière, comprenant la réserve et la quotité disponible, inutiles alors à distinguer, se partagera par moitié entre les ascendants d'une ligne et les collatéraux de l'autre, de la même manière que le tout se partagerait s'il n'y avait que des collatéraux dans les deux lignes. Pareillement les père et mère, ou le survivant d'eux, en concours avec des frères, sœurs ou neveux, ne prendront toujours que la moitié ou le quart de la succession. Peu importe, à cet égard, que cette moitié ou ce quart leur fussent d'ailleurs réservés, tandis que la moitié ou les trois quarts revenant aux frères ou neveux étaient entièrement disponibles. Il suffit, en effet, que le partage ainsi établi donne aux ascendants la quotité de biens à laquelle la réserve est fixée.

D'après ce principe, si l'on suppose des ascendants dans une seule ligne, et que le défunt pouvant alors disposer des trois quarts n'ait disposé effectivement que d'une moitié, la moitié qui reste se partagera également entre les ascendants d'une ligne et les collatéraux de l'autre. Mais si le défunt a disposé, par exemple, des cinq huitièmes, comme les trois huitièmes restants, partagés par moitié entre les deux lignes, ne donneraient pas aux ascendants la réserve d'un quart, là s'appliquera la disposition finale de l'article 915, qui attribuera aux ascendants un quart et aux collatéraux de l'autre ligne seulement un huitième.

50 *bis*. IV. Toutefois je me suis demandé ailleurs si le même principe devrait être suivi dans le cas particulier de l'article 904, où la loi, accordant au mineur la capacité de tester, la réduit à la moitié *de ce dont elle permet au majeur de disposer*. J'ai exposé là les motifs qui me portent à croire que la réserve de l'ascendant doit se grossir alors de la moitié de ce qui lui revenait *ab intestat* dans la quotité disponible; si bien que sur cinq huitièmes dont le mineur n'aura pas pu disposer, il doit, selon moi, en revenir trois aux ascendants et deux seulement aux collatéraux, c'est-à-dire un quart. Si au contraire on applique là, purement et simplement, notre article 915, les cinq huitièmes se partageraient également

entre les ascendants et les collatéraux, ce qui donnerait à chacun cinq seizièmes. (V. ci-dessus n° 22 *bis*. IV.)

50 *bis*. V. Le défaut d'enfants et l'existence d'ascendants, telles sont les deux conditions exprimées, et seules exprimées, par l'article 915 pour l'établissement de la réserve dont il s'agit. Est-ce à dire, d'une part, que l'existence d'enfants même écartés de la succession par suite de renonciation ou d'indignité ferait obstacle à la réserve des ascendants à qui la succession est dévolue? Est-ce à dire, d'autre part, qu'à défaut d'enfants, les ascendants ont droit à la réserve, dans le cas même où la préférence accordée par la loi aux frères et sœurs ou neveux empêche la succession de leur arriver. Examinons successivement les deux questions.

50 *bis*. VI. Quant à la première, ceux qui soutiennent, sur l'article 913, que les enfants renonçants ou indignes font nombre avec les enfants acceptants pour grossir la réserve de ceux-ci, sont peut-être conséquents lorsqu'ils attribuent au seul fait d'existence d'enfants l'effet d'empêcher la réserve des ascendants (1). En le décidant ainsi, ils s'attachent à la lettre de l'article 915, de même que, sur l'autre point, ils s'en tiennent à la lettre de l'article 913. Mais, sur l'un comme sur l'autre, il me paraît plus conforme à l'esprit de la loi de ne tenir compte des enfants qu'autant qu'ils prennent part dans la réserve, et de considérer comme n'existant pas ceux qui renoncent purement et simplement à la succession ou qui en sont exclus. C'est ce qui est admis par tous pour la dévolution de la succession légitime, quoique les articles 746-753 semblent aussi, dans leurs termes, mettre pour condition à la vocation des parents de l'ordre inférieur que le défunt n'ait pas *laissé* de parents de l'ordre supérieur (v. art. 746), et n'admettre d'autre supposition que le *prédécès* de ceux-ci (v. art. 748, 749, 750, 751). Quant à l'article 753, il emploie précisément, comme notre article 915, l'expression *à défaut*. Il est vrai que les articles 785 et 786, qui viennent ensuite, lèvent toute équivoque quant à la dévolution de la succession. Mais pourquoi hésiterait-on davantage dans l'application des mêmes principes, quant à la détermination de la réserve ou quant à la dévolution du droit à la réserve, qui n'est, en définitive, qu'un droit de succession?

Il est du reste bien entendu, comme je l'ai ci-dessus expliqué,

(1) V. Zachariæ et ses annotateurs, t. 5, n. 680, n. 10.

que je considère comme prenant part dans la réserve l'enfant donataire ou légataire qui renonce pour s'en tenir à son don. Celui-là donc, je le compte pour faire nombre au cas de l'article 913 (1), et pareillement je décide qu'il fait obstacle au droit de réserve des ascendants; car je ne puis admettre qu'il y ait à la fois réserve pour les descendants et réserve pour les ascendants. Ceux-ci, sans doute, viendront à la succession légitime, s'il y a lieu, pour tout ce qui excède le don retenu; mais tout cet excédant sera disponible, parce que le don ou le legs retenu absorbera toute la réserve dont il a plu à l'enfant de se contenter.

50 *bis*. VII. La seconde question me paraît aussi devoir se résoudre par les principes généraux; de même donc que j'accorde la réserve aux ascendants quand ils se trouvent en ordre de succéder, de même je crois devoir la leur refuser quand ils n'y sont pas. Cela, j'en conviens, ne résulte pas nécessairement des termes de la loi, qui ne fait recueillir la réserve par les ascendants que *dans l'ordre où elle les appelle à succéder;* peut-être, en effet, a-t-on seulement voulu dire par là que les ascendants les plus proches dans chaque classe excluent les plus éloignés. Mais j'entends que l'existence des frères et sœurs ou neveux venant à la succession, et empêchant par conséquent d'y venir les ascendants autres que les père et mère, ne permet pas l'établissement d'une réserve au profit de ceux-ci. Je ne vois pas, en effet, à quel titre, n'étant pas héritiers, ils pourront prétendre à une part dans la succession.

Bien entendu, au reste, que, dans ma doctrine, les frères, sœurs ou neveux, pas plus que les autres enfants, ne font obstacle à la réserve des ascendants qu'autant qu'ils viennent à la succession. Si donc ils sont renonçants ou indignes, l'article 915 recevra son application (2). On s'étonnera, si l'on veut, que la renonciation ou l'exclusion d'un héritier plus proche, au regard duquel tout était disponible, ait pour effet de frapper d'indisponibilité une partie de la succession. Mais c'est la conséquence pure et simple du système qui, refusant une réserve aux frères et sœurs, héritiers plus proches, en accorde une aux ascendants, héritiers plus éloignés. Au reste, comme dans les cas les plus fréquents, les frères et sœurs,

(1) V. ci-dessus n. 45 *bis*. II.

(2) V. C. c. Rej. 11 mai 1840. (P. 1840-1-650.)

que la loi préfère aux ascendants, seront les descendants de ceux-ci, il n'y aura pas lieu de s'étonner que la loi refuse une réserve aux ascendants quand la succession est recueillie par ces frères et sœurs, et qu'elle assure au contraire la réserve des ascendants, quand, par l'effet des libéralités du défunt, la succession passe en des mains étrangères.

50 *bis*. VIII. Quoi qu'il en soit, je tiens pour certain que si les frères et sœurs saisis à titre d'héritiers, bien que privés de tout profit par l'effet des libéralités du défunt, ne renoncent pas à leur titre, il n'y aura aucune réserve pour les ascendants, qui ne seront pas alors appelés à succéder. Mais la difficulté existera si, dans notre hypothèse, le défunt a fait un legs universel : car on pourra prétendre que l'existence du légataire, saisi aux termes de l'article 1006, parce qu'il n'y a pas ici *de plein droit* d'héritiers à réserve, produit par le fait même de cette saisine l'exclusion entière des frères et sœurs, rendant impossible toute renonciation de leur part et par conséquent toute vocation des ascendants.

A cette prétention, il suffirait peut-être de répondre que la vocation légale des frères et sœurs, produisant exclusion des ascendants et par suite saisine du légataire, est un fait qui subsiste nonobstant cette saisine, et qu'il doit être permis aux appelés, en repoussant cette vocation par une renonciation, d'en faire tomber les effets. S'il en est ainsi, il sera loisible aux frères ou sœurs de faire une renonciation amenant dévolution aux ascendants héritiers à réserve, ce qui fera obstacle à la saisine même du légataire (art. 1004). Mais j'aimerais mieux dire que le legs universel exclut effectivement les frères (1), mais que cette exclusion fait place aux ascendants indépendamment de toute renonciation, et leur attribue ainsi de plein droit le titre d'héritiers, seule condition de leur droit à la réserve. Par là on arrive plus sûrement et plus directement au but toujours désirable d'éviter qu'un ascendant soit entièrement dépouillé pour enrichir des étrangers.

51. La réserve établie par l'art. 915 en faveur des ascen-

(1) Je raisonne autrement quand, pour la détermination de la réserve de l'enfant naturel, je refuse au legs universel l'effet de faire disparaître les parents légitimes, et d'attribuer ainsi à l'enfant naturel, placé en face du seul légataire, la réserve entière d'un enfant légitime. Mais ma décision dans ce cas se fonde surtout sur la disposition de l'article 908. (V. ci-dessus n. 117 *bis*. III.)

dants ne l'est, selon moi, que pour les ascendants légitimes. D'où je conclus qu'il n'y a pas de réserve pour les père et mère naturels.

51 *bis*. Je sais, cependant, que la doctrine contraire, appuyée sur la généralité des termes de la loi et sur la considération des devoirs que la nature impose aux enfants, même illégitimes, envers les auteurs de leurs jours, je sais, dis-je, que cette doctrine a ses partisans et qu'elle est même consacrée par plusieurs arrêts (1). Mais fidèle au principe qui ne me permet pas d'appliquer de plein droit à la filiation naturelle les prérogatives attachées par la loi civile aux titres de famille par elle énoncés, je ne puis trouver dans les termes de l'article 915 l'établissement d'une réserve pour les ascendants naturels, et à défaut de tout autre texte pouvant servir à la fonder, je dois décider que cette réserve n'existe pas (2). Si j'en dis autrement à l'égard des enfants naturels, et cela malgré l'exclusion plus nette que semblent leur donner les termes de l'article 913, c'est que je trouve, comme je l'ai dit, la base de leur réserve dans la combinaison de cet article avec l'article 757 (3).

Quoi qu'il en soit, ceux mêmes qui appliquent l'article 915 aux ascendants naturels ne peuvent comprendre dans cette application que les père et mère appelés à succéder par l'article 765. Quant aux ascendants plus éloignés, ils ne peuvent avoir de réserve, puisqu'ils ne sont pas successibles.

52. Quant aux père et mère adoptifs (autrement dit, suivant le langage de la loi, les *adoptants*), il ne peut être question de leur appliquer l'art. 915, à l'effet de créer à leur profit une réserve sur la succession ordinaire, à laquelle ils ne sont pas même appelés. Pour ce qui est du droit de succession aux choses par eux données, droit qui ne s'applique qu'aux biens existant en nature, il me paraît difficile d'y voir autre chose qu'un droit de succéder *ab intestat*, en respectant les libéralités de toute nature, comme en général tous les actes de la volonté du défunt.

(1) V. notamment C. c. Rej. 3 mars 1846. (P. 1846-1-676.)
(2) V. t. 3 n. 84 *bis*. III.
(3) V. ci-dessus n. 47 *bis*. I.

Par la même raison, il faut reconnaître qu'il n'y a pas non plus de réserve pour l'ascendant donateur en cette qualité.

Nous pensons, au reste, que les biens en nature auxquels succèdent, soit l'adoptant ou ses descendants (art. 351, 352), soit l'ascendant donateur, ne doivent pas entrer dans la masse sur laquelle se calcule la réserve des autres ascendants.

52 *bis*. I. La réserve établie par l'article 915 en faveur des descendants n'a évidemment trait qu'à la succession ordinaire divisée entre les deux lignes paternelle et maternelle. En l'absence donc de tout autre texte qui l'établisse, on doit conclure qu'il n'y a pas de réserve pour l'ascendant donateur appelé à succéder par l'article 747. Sauf, bien entendu, le droit qui appartiendrait à cet ascendant, comme à tout autre, s'il était appelé par son degré à la succession ordinaire.

D'un autre côté, l'ascendant donateur succédant à l'exclusion de tous autres aux choses par lui données qui se trouvent en nature dans la succession, il en résulte que ces biens ne doivent être non plus, pour aucune portion, réservés aux ascendants non donateurs qui viennent à la succession ordinaire. Car ceux-ci, quant à ces biens, ne sont pas *en ordre de succéder*.

52 *bis*. II. De là il paraît raisonnable de conclure que les biens donnés forment comme une succession à part, étrangère au calcul de la réserve et de la quotité disponible, en ce sens que ces biens ne doivent pas plus entrer dans la masse formée, aux termes de l'article 922, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, que n'y entreraient ceux qui reviendraient à l'ascendant par l'effet d'un retour conventionnel. Seulement il ne faut pas perdre de vue que l'ascendant ne succède aux biens par lui donnés qu'à la charge de contribuer aux dettes, et aussi nécessairement à l'acquittement des legs qui sont de véritables dettes, non, il est vrai, du défunt, mais de la succession. Nous verrons bientôt quelles conséquences favorables doivent résulter de là, tant pour les héritiers à réserve que pour les donataires et légataires.

52 *bis*. III. Cette distinction de deux successions et la dérogation qu'elle entraîne dans le calcul de la réserve et de la quotité disponible est commandée uniquement par le principe qui attribue à l'ascendant donateur le droit de succéder *à l'exclusion de tous*

autres. Elle cesse conséquemment, et l'on rentre dans le droit commun si, par une cause quelconque, le droit de succéder aux biens donnés n'appartient pas à l'ascendant.

52 *bis.* IV. Il en serait certainement ainsi en cas de répudiation de sa part, soit qu'appelé seulement à la succession privilégiée il renonce à cette succession, soit qu'appelé en même temps à la succession ordinaire il renonce seulement à la succession privilégiée; ce que je crois possible parce que les deux successions sont entièrement distinctes (1).

52 *bis.* V. Le droit de l'ascendant n'existe pas lorsque les biens donnés ne se retrouvent pas en nature dans la succession, et qu'il n'y a aucune action, soit en payement de prix, soit en reprise, dont l'exercice puisse appartenir à l'ascendant. Cela doit s'appliquer sans difficulté au cas où le descendant défunt aura donné de son vivant les biens qu'il tenait de son ascendant. Mais faut-il en dire autant des biens légués? A cet égard trois systèmes peuvent être soutenus :

1° On peut considérer ces objets comme ne se trouvant pas en nature dans la succession, et argumenter pour cela de la volonté qu'a eue le défunt de les en distraire, et de l'effet attribué par la loi à cette volonté d'en transférer directement la propriété au légataire;

2° On peut dire au contraire qu'ils se trouvent en nature dans la succession, puisqu'ils n'ont point été aliénés par le défunt de son vivant et qu'ils sont compris dans la saisine légale des héritiers auxquels le légataire est tenu d'en demander la délivrance. On arriverait ainsi à conclure des termes de l'article 747 que l'ascendant y succède à l'exclusion même des légataires, puisqu'il y succède à l'exclusion de *tous autres;*

3° Enfin on peut, en s'attachant à l'idée que les choses léguées se trouvent en nature dans la succession, en conclure seulement que l'ascendant en est saisi comme héritier légitime, mais à la charge de les délivrer aux légataires, sans aucune réduction, puisqu'il n'a droit à aucune réserve.

Le second système peut paraître équitable, puisqu'il tend à favoriser l'ascendant donateur, et à rentrer autant que possible dans

(1) V. t. 3, n. 56 *bis*. VI.

le principe du retour légal, base primitive du droit de succession accordé par l'article 747. Mais il est certainement contraire au principe de succession légitime, qui de sa nature ne doit pas prévaloir sur la succession testamentaire. Aussi ce système est-il généralement repoussé par les auteurs (1), et la cour de cassation a-t-elle refusé de l'admettre (2).

Le troisième serait peut-être le plus strictement logique, mais il présenterait ce résultat bizarre de rendre la condition des légataires meilleure que celle des donataires, puisque ces derniers seraient exposés à réduction pour parfaire la réserve des héritiers, tandis que les légataires échapperaient à cette action.

J'aime donc mieux m'attacher au premier système et considérer les biens légués comme retranchés de la succession privilégiée et rentrant conséquemment dans la succession ordinaire pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible.

52 *bis*. VI. S'il est vrai que le legs des corps certains donnés par l'ascendant fasse défaillir son droit de succession, n'est-il pas logique d'en conclure que la charge de contribution aux autres legs, qui lui est virtuellement imposée par la volonté du défunt, diminue d'autant ce droit, et laisse par conséquent dans la succession ordinaire sur laquelle se calculent la réserve et la quotité disponible la valeur de ce retranchement? J'en dis autant de la charge de contribuer aux dettes. En m'attachant à cette idée, je pense que le montant de la contribution de l'ascendant aux dettes et aux legs doit s'ajouter à la masse formée aux termes de l'article 922, dans laquelle je ne comprends pas le bien lui-même que l'ascendant reprend en nature.

Cela posé, voici comment j'opérerais : après avoir séparé les biens donnés par l'ascendant et les biens d'une autre origine qui existent dans la succession, je déterminerais d'abord la portion contributoire de l'ascendant donateur tant dans les dettes que dans les legs, et ce, sans aucun égard à la réduction dont les legs par événement pourront être susceptibles; cette contribution une fois connue, j'en comprendrais le montant dans la masse des biens exis-

(1) V. M. Duranton, t. 6, n. 227; Delv., t. 2, p. 18, n. 5; Chabot, art. 747, n. 20. V. aussi t. 3, n. 57 *bis*. II.

(2) C. c. Rej., sect. des requêtes, 17 décembre 1812; J. P. t. 36, p. 401.

tants, après quoi j'appliquerais purement et simplement la règle tracée par l'article 922.

Espèce. — Un aïeul a donné à son petit-fils un immeuble valant 60,000 francs. Celui-ci meurt sans postérité, laissant pour héritiers son père et sa mère.

Dans la succession se trouvent en nature l'immeuble donné par l'ascendant et un mobilier valant 12,000 francs.

Le défunt a donné entre-vifs un autre immeuble valant 20,000 fr.

Ses dettes s'élèvent à 24,000 francs.

Il a légué 24,000 francs.

Dans cet état de choses, il faudra d'abord déterminer la contribution de l'ascendant aux dettes et aux legs par la valeur proportionnelle de l'immeuble qu'il reprend et celle du mobilier, composant seul avec cet immeuble les biens existant au décès : la proportion dans l'espèce est de 5 à 1. Ainsi la contribution de l'ascendant donateur est des 5/6 ; ce qui fait pour les dettes 20,000 fr. et pour les legs 20,000 fr. : total, 40,000 fr.

Considérant alors ces 40,000 fr. retranchés de la succession privilégiée comme existant dans la succession ordinaire, je forme ainsi la masse :

1° Biens existant au décès :		
40,000 fr. à recevoir de l'ascendant, ci	40,000 fr.	
Mobilier.	12,000 fr.	
Total.	52,000 fr.	
Moins les dettes.	24,000 fr.	
Reste.	28,000 fr. ci	28,000 fr.
2° Bien donné entre-vifs.		20,000 fr.
Total.		48,000 fr.
Quotité disponible = moitié.		24,000 fr.

dont 20,000 fr. sont absorbés par la donation, et le surplus seulement doit appartenir aux légataires.

Ainsi l'ascendant reprendra son immeuble en payant 40,000 fr.

La réserve des père et mère sera de 24,000 fr.

Le donataire gardera son immeuble, 20,000 fr.

Et les légataires recevront seulement 4,000 fr.

52 *bis*. VII. Cette manière d'opérer présente cette singularité, que la contribution de l'ascendant donateur aux legs n'est pas employée au payement des légataires, et sert au contraire à grossir tant la réserve des héritiers que la quotité disponible sur laquelle s'imputent d'abord les donations entre-vifs. Si bien que c'est au profit des héritiers à réserve et des donataires, à qui l'ascendant donateur ne doit rien, que s'opère en définitive le retranchement qu'on lui fait subir.

Mais ce résultat n'aura plus rien qui surprenne si l'on admet que la volonté du défunt est toute-puissante pour exclure le retour légal, et d'autre part que tout ce qu'elle retranche de la succession privilégiée rentre par la force des choses dans la succession ordinaire sur laquelle le pouvoir de cette volonté est renfermé dans certaines limites. Il est clair, en effet, que le défunt, qui voulait l'acquittement intégral de ses dispositions testamentaires, entendait que l'ascendant contribuât dans la proportion de ce qu'il reprend à cet acquittement intégral. Ainsi se justifie le retranchement qu'on fait subir à l'ascendant. Après quoi ce retranchement, rentré dans la succession, reçoit l'application des principes ordinaires sur la réserve et la quotité disponible.

52 *bis*. VIII. Remarquons, au reste, quant à la contribution de l'ascendant donateur aux legs, qu'elle ne doit s'établir que pour les legs de quotité et de quantité, les seuls dont la charge pèse sur la généralité des biens. Quant aux legs de corps certains, si les objets légués proviennent de la donation, ils sont, comme nous l'avons dit, retranchés de la succession privilégiée, qu'ils peuvent même faire entièrement défaillir; mais s'ils proviennent d'une autre origine, le legs qui en est fait est entièrement étranger à l'ascendant donateur, et leur prestation n'amène aucune défalcation sur la reprise du bien en nature auquel il succède.

52 *bis*. IX. La distinction des deux successions rendant les biens donnés par l'ascendant, et par lui repris en nature, étrangers au calcul de la réserve et de la quotité disponible, il est clair qu'il n'y a pas lieu, dans ce système, à la question de savoir si l'ascendant donateur est tenu sur les biens qu'il reprend à parfaire la réserve des autres héritiers. La réserve, qui n'est qu'une quote-part de la succession ordinaire, ne peut se prendre que sur les biens qui composent cette succession (y compris, bien entendu, les retranche-

ments subis, comme on l'a dit ci-dessus, par l'ascendant). Et si les biens existant au décès ne suffisent pas pour la parfaire, c'est par la réduction des donations qu'elle devra être complétée.

52 *bis*. X. Cette distinction de deux successions paraît susceptible de s'appliquer dans le cas même où l'ascendant donateur est, à raison de son degré, appelé à la succession ordinaire, et comme tel héritier à réserve. Réunissant alors deux qualités, on ne voit pas pourquoi il n'exercerait pas les droits attachés à chacune d'elles. Il semble donc qu'en sa qualité de donateur il doive, sauf les retranchements ci-dessus, prendre par préciput et hors part les biens par lui donnés qui se trouvent en nature. Après quoi la réserve se calculerait et se prendrait, comme celle de tout autre héritier, sur les autres biens de la succession.

Toutefois, il est peut-être équitable de ne point accorder ce cumul à l'ascendant donateur, et de l'obliger à imputer sur sa réserve, calculée alors sur la totalité des biens, le montant de la reprise qu'il exerce comme ascendant donateur. Cela paraît d'autant plus raisonnable que son droit de retour légal ou de succession privilégiée est entièrement subordonné à la volonté du défunt. Or, il est assez probable que le défunt, s'il a donné ou légué les autres biens de sa succession, entendait que l'ascendant donateur ferait cette imputation, qui n'a d'ailleurs rien de contraire aux principes, puisque la reprise qu'il exerce est à titre héréditaire. C'est l'avis de Delvincourt (1) et de M. Duranton (2).

L'application de cette idée sera fort simple lorsque l'ascendant donateur sera seul héritier à réserve. Il en résultera que la reprise qu'il exerce, si elle équivaut au quart de la succession, le rendra non recevable à faire réduire les donations ou les legs; si elle n'équivaut pas au quart, la réduction aura lieu, mais seulement jusqu'à due concurrence.

52 *bis*. XI. Que s'il y a d'autres héritiers à réserve, on appliquera à leur égard, pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, la théorie ci-dessus expliquée, et l'on en tirera toutes les conséquences pour la réduction qu'ils auront droit de faire subir, en ce qui les concerne, aux donataires ou légataires. Quant à l'ascendant

(1) T. 2, p. 19, n. 3.
(2) T. 6, n. 228.

donateur, on fera le calcul sur tous les biens, et le bien qu'il reprend s'imputant sur sa réserve ainsi calculée, il n'aura l'action en réduction que pour en obtenir, s'il y a lieu, le supplément.

Espèce. — Une succession est dévolue au père et à la mère du défunt.

Elle se compose :

1° D'un immeuble donné par le père. . .	24,000 fr.
2° D'un autre immeuble valant	48,000 fr.
3° D'un mobilier valant	12,000 fr.
Total.	84,000 fr.

Le défunt a légué à un ami l'immeuble de 48,000 fr.

La réserve de la mère calculée, sur 60,000 fr., est du quart de cette somme, 15,000 fr.

Celle du père, calculée sur 84,000 fr., est de 21,000 fr.

La mère prendra le mobilier en nature, 12,000 fr., et fera réduire le legs d'une valeur de 3,000 fr.

Quant au père, dont la réserve est de 21,000 fr., comme il en a 24,000 dans la reprise de l'immeuble donné, il ne retranchera rien sur le légataire.

52 *bis.* XII. Quoique dans tout ce qui précède je n'aie parlé que de l'ascendant donateur, on aperçoit bien que dans ma pensée le principe des deux successions distinctes, avec toutes les conséquences qu'il entraîne, doit également recevoir son application à l'égard du droit conféré par les articles 351 et 352 à l'adoptant ou à ses descendants. Il en faudrait dire autant quant au droit conféré aux frères et sœurs *légitimes* de l'enfant naturel par l'article 766, si, contrairement à notre sentiment (1), il était possible d'en supposer l'exercice en concours avec des réservataires.

53. Il convient d'observer ici que la loi a renfermé dans des limites particulières la faculté de disposer au profit du conjoint (V. art. 1094 et 1098). L'application de ces articles, combinés avec les règles ordinaires, peut faire naître plusieurs questions qui seront examinées au siége de la matière.

(1) V. t. 3, n. 86 *bis.* II; v. d'ailleurs *ibid.*, n. 85 *bis.* III, et ci-dessus, n. 51 et 51 *bis.*

54. Les ascendants et les descendants étant les seuls héritiers en faveur desquels une réserve soit établie, il s'ensuit qu'à leur défaut les libéralités soit entre-vifs, soit testamentaires, peuvent *épuiser* la totalité des biens. (V. art. 916.)

54 *bis*. Ainsi les héritiers collatéraux, même ceux qui, dans l'ordre de succession légitime, sont préférés aux ascendants (les frères et sœurs ou descendants d'eux), ne peuvent rien retenir sur la succession au préjudice de dons ou legs. Mais de là il ne résulte pas que les héritiers dont il s'agit soient tenus *ultra vires* de l'exécution des libéralités. Toutefois, à cet égard, une distinction est nécessaire entre les donations entre-vifs et les dispositions testamentaires.

En ce qui concerne les donations, ils sont tenus de les respecter et même de les exécuter si elles ne le sont pas, et cela quand elles consisteraient dans une somme ou une quantité excédant la valeur de l'actif de la succession; car elles constituent une véritable dette contractée par le défunt, dont les héritiers continuent la personne. Mais il en est autrement des legs dont le défunt n'a jamais été tenu, et qui dès lors ne peuvent constituer qu'une charge des biens, charge qui n'en doit pas dépasser la mesure (1).

55. Quand il y a des héritiers à réserve, la faculté de disposer étant exclusivement limitée à une certaine quotité de biens, et le surplus étant réservé aux héritiers, cette réserve doit rester intacte, tant pour les revenus que pour la propriété. Il s'ensuit que les dispositions de simple usufruit ou de rente viagère excèdent, sous un certain rapport, la quotité disponible, toutes les fois que les fruits du bien sur lequel est établi l'usufruit ou que les arrérages de la rente surpassent le revenu des biens disponibles. Les héritiers ne doivent pas, dans ce cas, être contraints à exécuter les dispositions dans leur entier. Et toutefois, si l'on a égard à la nature essentiellement temporaire d'une charge de ce genre, on sent qu'il serait souverainement injuste de réduire purement et simplement la disposition à la mesure du revenu de la portion disponible. Pour concilier tout, et pour éviter d'ailleurs une

(1) V. t. 3, n. 24 *bis*. V et 211.

estimation toujours incertaine, la loi accorde aux héritiers l'option entre deux partis : exécuter purement et simplement la disposition, ou abandonner en toute propriété la portion disponible (v. art. 917); et remarquez qu'au moyen de l'option accordée aux héritiers, il n'y a pas lieu, en général, à réduire un don d'usufruit ou de rente viagère. (Voy. pourt. art. 1970.)

55 *bis*. I. En principe, un créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due (art. 1243). L'article 917 déroge à cette règle pour le cas qu'il prévoit. Cette dérogation tend à concilier deux idées dont la combinaison produisait dans l'ancienne doctrine d'assez grandes divergences : l'une, c'est que l'héritier ne doit, contre son gré, être aucunement privé de la *jouissance* libre et immédiate de sa réserve; l'autre, c'est qu'une charge temporaire, lors même qu'elle dépasse le revenu de la quotité disponible, peut être en réalité inférieure à la valeur de cette quotité. Au moyen de l'option donnée ici à l'héritier, les deux principes sont sauvegardés; car l'héritier peut toujours, en abandonnant la propriété de la quotité disponible, conserver la jouissance entière de sa réserve; et, d'autre part, s'il juge que le sacrifice temporaire de sa jouissance n'équivaut pas à celui de la quotité disponible en toute propriété, il reste maître de s'imposer ce sacrifice, qu'il ne subit alors que par sa volonté. Par là, au reste, on évite la nécessité de recourir à l'estimation toujours incertaine d'un droit viager.

55 *bis*. II. Ces motifs, évidemment, n'ont point d'application si le don viager, n'affectant que le revenu de la quotité disponible, laisse entière la jouissance de la réserve; et l'on ne voit pas alors pourquoi l'on s'éloignerait du principe posé par l'article 1243. Aussi la loi subordonne-t-elle expressément l'emploi de la mesure qu'elle autorise à la condition que la *valeur* du don en question excède la quotité disponible. Seulement il faut bien comprendre que la *valeur* dont il s'agit n'est pas celle du droit viager apprécié en lui-même eu égard à sa durée probable, mais la valeur de son produit annuel. Entendue autrement, la loi manquerait son but; car, d'une part, elle subordonnerait à la nécessité d'une estimation l'emploi d'une mesure qui a précisément pour but d'éviter l'incertitude de cette opération; et, d'autre part, elle n'assurerait pas

complétement à l'héritier la jouissance libre de sa réserve, puisqu'il serait obligé d'exécuter la disposition sans réduction, lorsque, la charge annuelle dépassant le revenu de la quotité disponible, la valeur du droit en lui-même serait inférieure à cette quotité.

Aussi tous s'accordent-ils à repousser ce système; mais on n'est pas plus dans le vrai quand, faisant complétement abstraction de la condition exprimée par la loi, on admet l'héritier à invoquer l'article 917, sans distinguer si le don excède ou non, sous un rapport quelconque, la quotité disponible. Au reste, cette doctrine, que je combats pour l'honneur des principes, ne présente pas, j'en conviens, de graves inconvénients pratiques; car l'héritier ne sera guère tenté de faire l'abandon de la quotité disponible en toute propriété, pour se soustraire à la charge d'un usufruit ou d'une rente viagère qui n'absorberait pas le revenu annuel de cette quotité.

55 *bis*. III. La loi n'a pas dit formellement en quelle nature de biens sera fournie la quotité disponible dont la propriété doit être abandonnée par les héritiers; mais de l'emploi même du mot *quotité,* sans autre explication, on est peut-être fondé à conclure que l'abandon doit porter en général sur une quote-part de biens héréditaires déterminables par le partage; ce qui placerait le donataire ou légataire dans la condition d'un successeur à titre universel. Toutefois, j'ai peine à croire que telle ait été la pensée du législateur. Il me semble plutôt que la question est susceptible de se décider diversement, suivant les circonstances, eu égard surtout à la nature du titre que la volonté du défunt avait conféré. Ainsi je crois que, le don ou legs d'une rente viagère n'étant qu'une disposition à titre particulier qui a pour objet une quantité, les héritiers pourraient s'acquitter en abandonnant un capital en argent. Pareillement, je pense que, si le don ou legs a pour objet un usufruit à titre particulier, le donataire ou légataire ne pourrait prétendre à une quote-part de biens déterminables par le partage et qu'il devrait se contenter, suivant les cas, soit d'un capital en argent, soit d'une part dans la propriété du bien sur lequel devait porter son usufruit. Mais si le don d'usufruit était à titre universel, alors je n'hésiterais pas à reconnaître le droit à une part en toute propriété de biens en nature.

On le voit, ma pensée est que, dans l'application de la disposi-

tion exorbitante de l'article 917, il faut se rapprocher le plus possible du principe de l'article 1243.

55 *bis*. IV. Il est bien entendu que, si une partie du disponible est déjà absorbée par des donations antérieures au don ou legs d'usufruit ou de rente viagère, l'héritier, pour s'affranchir, n'est tenu d'abandonner que ce qui reste de la quotité disponible.

D'un autre côté, il n'est pas moins certain que la quotité disponible, ou ce qui en reste, ne peut être abandonnée exclusivement au donataire ou légataire d'usufruit s'il y a d'autres donataires ou légataires ayant droit, après lui ou concurremment avec lui, à une part de cette quotité. Alors, évidemment, force sera bien de déterminer par une estimation la valeur représentative de l'usufruit ou de la rente viagère donnés ou légués, et de reconnaître par là la portion de quotité disponible afférente à chacun des intéressés. Mais, cette opération faite, je ne vois pas pourquoi, entre les héritiers et le donataire ou légataire d'usufruit ou de rente viagère, l'article 917 ne resterait pas applicable ; et j'accorderais, en conséquence, aux héritiers, l'option entre l'abandon de la portion de quotité disponible afférente à ce donataire ou légataire, et l'exécution intégrale de la disposition.

55 *bis*. V. On le voit donc, dans mon système, le cas même dont il s'agit ne donnera pas lieu à réduction proprement dite d'une rente viagère, et l'on n'y trouvera pas l'explication de l'article 1970, qui déclare *réductible* la rente viagère excessive. Mais, à cet égard, l'explication n'est-elle pas toute simple, et ne suffit-il pas de dire que le mot *réductible* n'est pas pris, par l'article 1970, dans son sens propre, et qu'il signifie seulement que la rente excessive devra, par application même de l'article 917, rentrer dans la mesure de la quotité disponible, mais suivant le mode prescrit par ce dernier article ? Quoi qu'il en soit, il est un cas, je crois, où la rente viagère devrait subir une réduction proprement dite, c'est celui où les héritiers à réserve, n'ayant accepté que sous bénéfice d'inventaire, et usant de la faculté proclamée par l'article 802, abandonneraient à tous les légataires, y compris celui de la rente viagère, les biens composant la quotité disponible, et se mettraient ainsi hors de cause (1). En effet, la disposition exorbitante de l'article 917 n'étant

(1) C'est au cas de bénéfice d'inventaire que je borne la faculté pour les héritiers de se mettre ainsi hors de cause par l'abandon de la quotité disponible. Hors ce cas,

établie qu'en faveur des héritiers pour leur assurer, comme on l'a dit, la jouissance libre et immédiate de leur réserve, cette disposition ne peut être invoquée par les légataires entre eux. Lors donc qu'au moyen de l'évaluation de la rente viagère et de tous les autres biens légués, on aura reconnu dans quelle proportion les legs devront être acquittés, le légataire de la rente viagère ne pourra exiger que le service de sa rente, réduite dans cette proportion; mais il pourra l'exiger dans cette mesure, sans que les autres puissent le forcer à recevoir à la place la propriété d'un capital.

55 *bis*. VI. Ainsi, dans ma pensée, l'option conférée par l'article 917 n'appartient qu'aux héritiers à réserve; elle ne leur appartient qu'envers les donataires ou légataires d'un droit temporaire, tel qu'un usufruit ou une rente viagère; mais à l'égard de ceux-ci elle leur appartient dans toute hypothèse. Maintenant, s'il y a plusieurs héritiers à réserve, l'option en principe doit appartenir à chacun pour sa part. Si donc ils ne sont pas d'accord, il pourra arriver que l'exécution du don ou legs soit scindée, en sorte que le donataire ou légataire obtienne en partie le droit viager qui lui a été légué et en partie le remplacement de ce droit par des biens en pleine propriété. Ce résultat n'a rien de choquant lorsque le droit légué est divisible, comme une rente viagère ou un usufruit à titre universel. Mais il y aura quelque difficulté lorsque le don ou legs aura pour objet un corps certain. La difficulté pour moi viendra surtout de ce qu'avant le partage on ne sait pas auquel des héritiers doit échoir ce corps certain, et lequel par conséquent serait en droit d'assurer au légataire la jouissance que dans l'hypothèse il voudrait lui laisser. Mais il y aura toujours un moyen d'appliquer l'art. 917, et d'assurer à ceux des héritiers qui ne veulent subir aucune diminution temporaire dans la jouissance de leur réserve l'exercice du droit que leur confère notre article. Ce moyen consiste à leur permettre d'abandonner à leurs cohéritiers leur part dans la quotité disponible, et en comprenant dans le lot de ceux-ci le bien dont l'usufruit est donné ou légué, de les charger seuls de l'exécution du legs.

55 *bis*. VII. Quoique l'article 917 semble spécial pour les dons

en effet, les légataires envers lesquels ne s'applique point le droit d'option sont fondés à réclamer d'eux la délivrance de leur legs, réduit s'il y a lieu, mais sans changement d'ailleurs de l'objet du legs.

ou legs d'usufruit ou de rente viagère, son esprit évidemment doit en étendre l'application à tous les dons viagers, par conséquent aux dons ou legs d'usage ou d'habitation. Il est clair, au reste, que, l'indivisibilité de ces droits ne permettant pas de scission dans le mode d'exécution du don ou legs dont ils sont l'objet, il y aura toujours lieu, en cas de désaccord des héritiers, à recourir à l'emploi des moyens ci-dessus indiqués relativement aux dons d'usufruit de corps certain.

56. La faculté de disposer étant renfermée dans de justes limites, il ne peut être permis de les excéder par des libéralités déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux (v. art. 911). Bien plus, la loi elle-même établit ici contre certains actes d'aliénation, en raison de leur nature et de la qualité des parties, une présomption de simulation, dont il importe de constater l'origine pour en saisir mieux l'application et les effets.

L'origine de l'art. 918 est dans la législation antérieure, qui, exigeant impérieusement l'égalité entre les successibles en ligne directe ou collatérale, prohibait pour l'avenir et annulait rétroactivement, comme libéralités présumées, les donations à charge de rente viagère, ou ventes à fonds perdu, faites à tout héritier présomptif sans le concours des autres successibles. Seulement on réservait à l'acquéreur, atteint par la rétroactivité de la loi, la reprise des sommes qu'il pouvait avoir payées au delà du revenu dont il avait joui. (V. L. 17 nivôse an II, art. 26.)

Le Code n'exigeant pas à beaucoup près aussi impérieusement l'égalité entre les héritiers, sa disposition est nécessairement plus bornée dans son application et dans ses résultats.

Elle comprend bien toute aliénation à fonds perdu; elle y ajoute même celles qui sont faites avec réserve d'usufruit, mais seulement quand les unes ou les autres sont faites à un successible en ligne directe.

Dans ce cas même, l'aliénation n'est pas annulée, mais seulement la valeur de l'objet aliéné s'impute sur la quotité disponible. Ainsi, la loi qui présume une donation répute en même

temps cette donation faite avec dispense de rapport : on applique donc alors l'art. 844.

Enfin la loi qui ne veut pas enlever absolument à un père de famille forcé par sa position d'aliéner à fonds perdu le moyen de faire de bonne foi avec un de ses successibles un contrat qu'il ferait avec un étranger lui ouvre à cet effet, comme la loi de nivôse, une voie pour écarter le soupçon de fraude, en faisant intervenir à l'acte les autres successibles, qui, par là, deviennent non recevables à le critiquer (nonobstant art. 791 et 1130).

Au reste, une imputation sur la quotité disponible ne pouvant jamais intéresser que des héritiers à réserve, c'est bien surabondamment que la loi refuse aux collatéraux, qui n'ont jamais droit à la réserve, la faculté d'invoquer sa disposition. (V. art. 918.)

56 *bis*. I. La difficulté d'apprécier exactement un usufruit ou une rente viagère, telle est l'idée commune qui sert à relier ensemble les deux articles 917 et 918. Nous avons vu comment l'article 917 prévient cette difficulté par rapport aux dons ou legs de cette nature, en constituant les héritiers juges dans leur propre cause, sans sacrifier d'ailleurs l'un à l'autre les deux principes fondamentaux, intégrité de la jouissance de la réserve, et intégrité du droit de disposer dans la mesure légale. Ici il s'agirait de savoir jusqu'à quel point la réserve d'usufruit ou la charge de prestation viagère imposee à un acquéreur suffit pour écarter l'idée de gratuité de son titre, lorsque la qualité des parties peut faire soupçonner l'intention de déguiser ainsi des libéralités. Cette question, la loi la tranche par l'établissement d'une présomption ; et, toutefois, elle laisse aux parties le moyen d'échapper à la rigueur de cette présomption, en soumettant leur acte à l'approbation des intéressés qu'il s'agissait de protéger.

56 *bis*. II. C'est la nature de l'acte réunie à la qualité des parties qui sert de base à la présomption de libéralité. Ni l'une ni l'autre circonstance prise isolément ne suffirait pour la produire. Ainsi, entre personnes d'une autre qualité, les actes dont il s'agit conserveraient, jusqu'à la preuve contraire, leur caractère aléatoire.

Et entre les personnes même de la qualité ici indiquée, tous autres actes seraient, jusqu'à preuve d'avantage indirect, aussi solides, aussi irrévocables que s'ils étaient intervenus entre étrangers. (V. art. 853, 854.)

Cela posé, il importe de déterminer précisément à quels actes et entre quelles personnes s'applique la présomption, et de bien se fixer sur son étendue et son effet.

56 *bis*. III. Les actes dont il s'agit sont les *aliénations à charge de rente viagère, à fonds perdu*, ou *avec réserve d'usufruit.*

La généralité du mot *aliénation* comprend les donations comme les ventes ou les constitutions de rente. Peu importe, au reste, que l'objet aliéné soit un immeuble, un meuble ou un capital en argent. Une aliénation est *à fonds perdu* lorsqu'elle est faite à titre onéreux, mais que l'aliénateur n'obtient pour équivalent de ce qu'il donne qu'un droit temporaire, après l'extinction duquel tout sera perdu pour lui ou les siens. Telle serait évidemment une vente à rente viagère; si donc la loi fait ici une mention particulière des aliénations à charge de rente viagère, c'est principalement pour comprendre dans sa disposition les donations ainsi faites, lesquelles, ayant toujours pour principe et pour cause la libéralité, ne rentreraient pas proprement dans l'idée de fonds perdu. Au reste, la pensée à cet égard apparaissait plus clairement encore dans la loi du 17 nivôse, qui faisait porter la prohibition et l'annulation qu'elle prononce sur les *donations* à charge de rente viagère et sur les *ventes* à fonds perdu. La loi comprend de plus dans sa disposition les aliénations avec réserve d'usufruit, ce qui s'explique moins facilement pour les ventes que pour les donations; car on n'aperçoit pas d'abord pourquoi cette réserve empêche de considérer comme sérieuse la vente de la nue propriété. Toutefois, la loi ne distinguant pas, il n'y a pas lieu, je crois, de distinguer. Le législateur a pensé apparemment que la réserve d'usufruit, qui de sa nature ne profite point à la succession, puisqu'elle ne l'empêche pas d'être dépouillée à son ouverture de la pleine propriété, devait, eu égard à la qualité des parties, rendre l'acte entier suspect. C'est aux parties, qui connaissent à cet égard la sévérité de la loi, à s'abstenir de cette opération, ou à employer le moyen qui leur est réservé d'en assurer la sincérité par le concours des intéressés.

56 *bis*. IV. La loi, dans les diverses hypothèses qu'elle prévoit,

doit avoir eu principalement en vue le cas où le droit viager réservé ou créé par l'aliénation l'est au profit et sur la tête du disposant. C'est dans ce cas, en effet, que la charge imposée à l'acquéreur ne profite nullement à ses cohéritiers, puisqu'elle cesse à l'ouverture de la succession; c'est dans ce cas aussi qu'il y a lieu de douter si cette charge a été fidèlement et sincèrement exécutée. Toutefois, il me paraît difficile de distinguer à cet égard en ce qui concerne les charges de rente viagère et les aliénations à fonds perdu, car les termes de la loi sont absolus (1). Mais peut-être les termes qui embrassent la réserve d'usufruit ne comprennent-ils que le cas d'usufruit retenu par le propriétaire qui aliène. D'où je conclurais volontiers que notre article ne s'appliquerait pas à une vente ou à une donation de nue propriété, quand l'usufruit existe déjà ou qu'il est, par le même acte, constitué au profit d'un tiers.

56 *bis*. V. A la différence de la loi du 17 nivôse an II, qui comprenait tous les héritiers présomptifs et même leurs descendants, notre article n'applique sa disposition que contre les successibles en ligne directe. Cela, au reste, comprend les ascendants comme les descendants; seulement, l'application aux ascendants sera nécessairement très-rare, car ce n'est guère avec ses ascendants qu'on fait les opérations dont il s'agit. Quant aux descendants des successibles, la loi n'en parle pas nommément, et je ne crois pas même qu'ils soient frappés de la présomption d'interposition portée par l'article 911; car les présomptions de cet article n'ont trait qu'aux incapacités de recevoir, et ce n'est point une incapacité de ce genre qui est ici établie. J'entends bien, cependant, que la règle de notre article ne doit pas être éludée par l'effet d'une interposition de personnes; mais j'en conclus seulement qu'on pourra la faire appliquer en prouvant l'interposition.

56 *bis*. VI. L'expression d'*héritiers présomptifs* employée par la loi de l'an II comprenait évidemment les parents en ordre de succéder au moment de l'acte, lors même que par événement ils ne venaient pas à la succession; et, d'autre part, elle excluait ceux qui, n'étant point en ordre de succéder au moment de l'acte, se trouvaient par événement appelés à la succession. Ainsi, dans le premier cas, la nullité de l'aliénation aurait pu être prononcée contre

(1) V. C. c. Rej. 7 août 1833. (P. t. 97, p. 246.) V. pourtant C. c. Rej. 27 avril 1808. (P. t. 22, p. 352.)

les héritiers des acquéreurs; dans le second cas, au contraire, l'acte aurait dû être respecté par les cohéritiers de l'acquéreur devenu héritier. Cette théorie, du reste, est facile à justifier; car la prohibition ne reposant que sur un soupçon de fraude né de la qualité des parties, c'est uniquement au temps de l'acte qu'il y a lieu de s'attacher pour juger si cette fraude a été commise.

Cette considération me semble suffisante pour soustraire à l'application de notre article 918 l'acquéreur parent en ligne directe qui n'était point au moment de l'acte en ordre de succéder, malgré son avénement postérieur à la succession. Vainement dirait-on qu'il est *successible* et compris en cette qualité dans les termes de la loi; j'en conviens, mais je crois que, pour écarter la rigueur d'une présomption légale dont le motif est connu, l'esprit de la loi doit prévaloir sur sa lettre. Au contraire, je m'en tiendrais à la lettre de la loi pour n'appliquer point notre article contre les héritiers de l'acquéreur en ordre de succéder au moment de l'acte, mais que son prédécès empêche d'arriver à la succession. Je conviens pourtant que les motifs de la présomption de fraude sont ici applicables, mais mon principe est qu'une présomption légale ne peut jamais, par analogie ou parité de motifs, s'étendre hors de ses termes. Or, ici l'acquéreur n'est et n'a jamais été successible. Faudrait-il en dire autant de l'acquéreur renonçant? La question est plus délicate, car celui-là a bien été successible; mais, aux termes de l'article 785, il est censé ne l'avoir jamais été, et cela me suffit pour écarter l'application de l'article 918. D'autant que cet article se borne à prescrire un *rapport*, et que le rapport n'a lieu qu'entre cohéritiers. Il est bien vrai que le rapport dont il s'agit, ayant pour objet l'excédant de la quotité disponible, semble être plutôt une réduction à laquelle on n'échappe point en renonçant (art. 845, 920). Mais ici, comme dans l'article 844, la loi ayant employé le mot *rapport*, c'en est assez pour que je borne son application aux cohéritiers entre eux.

On le voit, ma pensée est toujours de restreindre strictement dans son application la disposition rigoureuse de l'article 918. Et cela est sans inconvénient; car il sera toujours permis de prouver, par tous les moyens possibles, le déguisement, et d'arriver ainsi contre un cohéritier au rapport plus étendu que prescrit l'article 843, et contre tout autre à la réduction prescrite par l'article 920.

56 *bis*. VII. Ce que prescrit l'article 918, c'est l'imputation de la *valeur* du bien, en pleine propriété, sur la quotité disponible et le rapport seulement de l'excédant. Ainsi, la rigueur de la loi consiste à considérer comme donation pure et simple une aliénation qui, en réalité, peut être à titre onéreux ; mais cette rigueur est jusqu'à un certain point compensée, en ce que le don est censé fait par *préciput*. Quant à l'objet que la loi répute ainsi donné, il importe de remarquer que ce n'est pas le bien lui-même, mais la *valeur* du bien, ce qui exclut complétement l'obligation d'un rapport en nature, et préserve conséquemment de toute atteinte les tiers qui traiteraient avec l'acquéreur (V. à ce sujet art. 865, 929, 930).

56 *bis*. VIII. Quoi qu'il en soit, la transformation que la loi fait subir à l'acte tel que les parties l'avaient qualifié, est une annulation, qui pour n'être pas complète n'en est pas moins réelle; et cela suffit pour faire rentrer dans les termes de l'article 1352, al. dernier, la disposition de notre article. Concluons de là que l'acquéreur ne serait point admis à prouver (si ce n'est, selon moi, par l'aveu et le serment, dont je trouve la réserve dans l'article 1352 lui-même) les payements qu'il prétendrait avoir faits en exécution de son marché. Car c'est sans distinction que la loi, dans tous les cas qu'elle embrasse, prescrit d'imputer sur la quotité disponible la valeur en pleine propriété. Il est vrai que la loi du 17 nivôse réservait à l'acquéreur atteint par sa disposition rétroactive, le recouvrement de ce qu'il prouverait avoir payé au delà du juste revenu du bien ; mais cette réserve, de stricte équité à l'égard de ceux qui lors de leur traité n'avaient pas dû en prévoir l'annulation, n'a pas la même raison d'être pour ceux qui, traitant sous l'empire de l'art. 918, se sont volontairement placés sous la présomption de pure gratuité.

56 *bis*. IX. La loi, d'ailleurs, ouvre avec raison un moyen d'échapper à la rigueur de sa présomption, en faisant reconnaître par les intéressés la sincérité de l'acte; et, pour cela, elle déroge ici au principe qui défend toute renonciation, tout pacte relatif à une succession non ouverte (V. art. 791, 1130). Ce que la loi exige, à cet effet, c'est le *consentement* des successibles, en faveur desquels subsisterait la présomption de gratuité, c'est-à-dire des successibles en ligne directe, les seuls qui aient droit à une réserve, les seuls, par conséquent, qui puissent avoir intérêt à demander

une imputation sur la quotité disponible et un rapport de l'excédant. Il est clair que pour être parfaitement à l'abri, il faut avoir obtenu le consentement de tous les successibles en ligne directe; mais cela ne veut pas dire que tous doivent concourir à l'acte au moment de sa confection, ni dans aucun cas que le consentement de tous doive être simultané. Bien plus, les consentements qui manqueraient laisseraient toute leur force aux consentements intervenus, pour rendre non recevables ceux qui ont consenti, mais eux seuls.

56 *bis*. X. Le consentement requis est celui des *successibles*, ce qui, dans la propriété des termes, désigne ceux qui sont effectivement appelés à la succession. Et, toutefois, j'ai peine à croire que le consentement donné par tous ceux qui, au moment de l'acte, étaient en ordre de succéder, ne fût pas suffisant pour rendre non recevables les parents plus éloignés ou même les parents du même degré nés depuis l'acte, qui par événement se trouvent appelés à la succession. Car on a fait tout ce qui était possible pour prévenir le soupçon de fraude, et je ne vois pas comment, après coup, ce soupçon pourrait naître. Mon motif, au reste, n'est applicable qu'au cas où les consentements intervenus peuvent passer pour un contrôle de la sincérité de l'acte intervenu avec un autre. Mais si par hypothèse l'aliénation avait eu lieu au profit d'un successible alors unique, ou au profit de tous les successibles lors existants, le consentement qu'ils ont donné à l'acte, comme parties principales, n'offrant à notre point de vue aucune garantie contre la supposition de libéralité, je n'hésiterais point à accorder aux successibles survenus depuis le droit d'invoquer notre article. La Cour de cassation a reconnu ce droit à un enfant né depuis l'acte intervenu entre le père et les autres enfants (1). Je souscris sans réserve à cette décision, mais je ne voudrais pas dire d'une manière générale avec les motifs de l'arrêt, que *par le mot* SUCCESSIBLE *l'article* 918 *entend tous les enfants qui existent au jour de l'ouverture de la succession*. Car, selon moi, les enfants nés depuis l'acte n'auront pas le droit de l'attaquer quand, avant leur naissance, il aura été *approuvé* par tous ceux qui paraissaient alors seuls successibles. Bien entendu, au reste, que si l'un des successibles vivant

(1) V. C. c. cass., 25 nov. 1839 (P. 1839-2-328).

et apparaissant comme tel au moment de l'acte, n'a point donné son approbation, l'enfant né depuis pourra comme lui attaquer cet acte.

56 *bis*. XI. La disposition finale de l'article 918 qui refuse le droit aux successibles en ligne collatérale est évidemment surabondante. Car, 1° à moins que le successible en ligne directe qui a fait l'acquisition ne soit un ascendant, cas qui se présentera rarement, les collatéraux ne viendront même pas à la succession; 2° dans ce cas même les collatéraux ne peuvent demander une imputation sur la quotité disponible, en vue d'obtenir un excédant, puisqu'à leur égard tout est disponible. Mais le législateur, frappé des inconvénients de la loi de nivôse, qui autorisait les collatéraux mêmes à critiquer les aliénations dont il s'agit, s'est empressé de proscrire cette prétention de leur part, sans faire attention que la modification qu'il avait apportée au principe de la loi de nivôse rendait sa disposition sans objet.

Remarquons au reste qu'en refusant surabondamment aux collatéraux le droit d'invoquer, aux fins prévues par notre article, la présomption de gratuité, la loi ne leur enlève pas absolument le droit de prouver l'avantage indirect résultant de l'opération faite entre le défunt et leur cohéritier, à quelque ordre qu'il appartienne, pour faire soumettre, s'il y a lieu (1), celui-ci au rapport prescrit par l'article 843. Mais cette prétention, je crois, serait rarement admise, à cause du caractère aléatoire de l'acte.

57. Nous savons déjà que le Code permet d'avantager un des successibles jusqu'à concurrence de la quotité disponible, et que l'obligation du rapport cesse devant la volonté expresse du disposant (v. art. 843, 844). L'art. 919 consacre de nouveau ce principe, et permet même de faire, par un acte postérieur à la donation, la déclaration de cette volonté. Seulement, comme c'est là vraiment une nouvelle libéralité, il faut observer dans cet acte les formes établies pour les dispositions à titre gratuit (V. art. 919).

57 *bis*. La faculté de donner par préciput à l'un de ses successibles ce qu'on pourrait donner à un étranger, est déjà reconnue par

(1) V. t. 3, n. 187 *bis*. V et VI.

les articles 843, 844; elle est supposée, en ce qui concerne les successibles en ligne directe, par l'article 918. Mais pour lever toute équivoque, la loi la proclame ici de nouveau avec application particulière aux enfants. Il est donc bien entendu que notre législateur repousse également, avec beaucoup de raison, et le système de la loi du 17 nivôse an II, qui ne permettait d'avantager aucun successible (v. d. l. article 16 (1)), et celui des coutumes dites d'égalité qui établissaient la même règle, mais l'appliquaient exclusivement aux enfants. Déjà, au reste, la faculté proclamée ici par le Code civil, l'avait été par la loi du 4 germinal an VIII (art. 5). La loi, au surplus, rappelle ici la nécessité déjà établie par l'article 843, d'une clause expresse de préciput, en ayant soin d'expliquer que cette déclaration, qui n'est autre chose qu'une augmentation de la libéralité supposée faite en avancement d'hoirie, peut être faite par un acte postérieur soumis évidemment aux formes requises pour les dispositions à titre gratuit.

SECTION II.

De la réduction des donations et legs.

58. La faculté de disposer n'étant limitée que dans l'intérêt des héritiers que la loi désigne, et pour leur assurer une portion de la succession, il s'ensuit, 1° que les dons excessifs ne doivent pas être annulés dans leur entier, mais seulement réduits à la quotité disponible, qui ne peut être connue qu'à l'ouverture de la succession; il s'ensuit, 2° que cette réduction ne s'opère pas de plein droit, mais bien par l'effet d'une action accordée aux intéressés, action qu'ils sont maîtres d'intenter ou non (V. art. 920).

58 *bis*. La réduction n'ayant pour but que de procurer aux héritiers le recouvrement de ce qu'ils trouveraient dans la succession, si les donations excessives n'avaient pas eu lieu, on doit en conclure que certaines libéralités, qui échappent à l'obligation du rapport, comme réputées prises sur les revenus (v. art. 852) échappe-

(1) III, B. 16, n. 110.

raient également à la réduction. A cet égard l'article 928 offre, quant à la réduction, le même argument que l'article 856 relativement au rapport. Seulement s'il était allégué en fait que les dépenses comprises dans les termes de l'article 852 ont été supportées non sur le revenu, mais sur le capital, cette allégation qui ne devrait point être admise en matière de rapport, à cause du pouvoir qu'avait le défunt de donner par préciput même une partie de son capital, serait au contraire de nature à être accueillie en matière de réduction; et si le fait était prouvé, ces dépenses faites à titre gratuit devraient, comme tout autre avantage indirect, s'imputer sur la quotité disponible (1).

59. Une troisième conséquence du même principe, c'est que l'action en réduction, au moins à l'égard des donations entre-vifs, n'est accordée, en général, qu'aux héritiers à réserve, et ne peut profiter qu'à eux. Remarquons toutefois que le droit n'est pas tellement attaché à leur personne, que l'exercice ou le profit n'en puisse appartenir à leurs héritiers ou ayant cause : mais l'un comme l'autre est, avec raison, refusé aux ayant cause du défunt, c'est-à-dire à ses donataires, légataires ou créanciers; car les biens une fois donnés avaient cessé d'appartenir à celui-ci, et l'on n'y peut dès lors prétendre aucun droit de son chef (V. art. 921).

Au reste, de ce que l'article parle seulement des dispositions entre-vifs, ne concluez pas que la réduction des legs à la quotité disponible puisse être demandée par d'autres héritiers que les ascendants ou descendants (*puta* par les frères et sœurs, appelés de préférence aux ascendants). La loi veut indiquer seulement qu'en cas d'insuffisance du patrimoine, les legs pourront être réduits, soit qu'il y ait ou non des héritiers à réserve, sur la demande des créanciers ou des autres légataires.

59 *bis*. I. Puisque la disponibilité n'est limitée qu'en vue de la réserve établie pour les héritiers d'une certaine qualité, il est clair qu'à ces héritiers seuls doit, en principe, appartenir le droit d'ar-

(1) V. t. 3, n. 188 *bis*. I.

gumenter de cette limitation. Cette considération suffit évidemment pour faire refuser aux héritiers au profit desquels la réserve n'est pas faite, l'action en réduction aussi bien contre les legs que contre les donations. Si la loi ne parle ici que des donations, c'est que son objet principal, en proclamant le droit exclusif des héritiers à réserve, n'était point de décider contre les héritiers en faveur desquels la réserve n'est point établie, une question tranchée sur ce point par les principes généraux. Mais son objet était de refuser l'action en réduction et le profit même de la réduction opérée, aux autres intéressés et particulièrement aux créanciers. C'est en effet sur ce point, et uniquement sur ce point, qu'a porté la longue discussion qui, après des phases diverses, a, sur les observations du tribunat, amené la rédaction définitive de notre article (1). Or, on le voit bien, cette discussion était entièrement étrangère aux legs, qui ne doivent être payés que sur les biens existants, dettes déduites. C'est pour cela que le tribunat a fait insérer dans la rédaction de notre article l'application spéciale aux donations.

59 *bis*. II. Le droit refusé aux créanciers de la succession appartiendrait au contraire aux créanciers personnels de l'héritier, car la loi l'accorde non-seulement aux héritiers eux-mêmes, mais aussi à leurs *ayant cause*, et sous ce nom sont évidemment compris les créanciers de la personne agissant en son nom aux termes de l'article 1166; disons même qu'en cette qualité les créanciers qui avaient pour gage l'action de leur débiteur comme tout autre de ses biens, pourraient se ressaisir du droit en attaquant comme frauduleux l'abandon ou la cession qu'il en aurait faite (art. 1167). A plus forte raison profiteraient-ils de la réduction si le débiteur l'avait lui-même obtenue. Cela posé, il est clair que ce titre de créancier personnel de l'héritier, avec tous les effets qui y sont attachés, pourrait, en cas d'acceptation pure et simple, être invoqué par les créanciers de la succession; mais l'exclusion prononcée contre eux recevra évidemment son application en cas d'acceptation bénéficiaire. Pareillement elle aura pour effet de leur faire

(1) Conf. 1re rédaction, art. 25, discutée en séance du 5 ventôse an XI (Fenet, t. 12, p. 333, 335-349); 2e rédaction, présentée dans la séance du 3 germinal an XI, art. 31 (*ibid.*, p. 421); observation du tribunat sur cet article (*ibid.*, p. 447, 448), adoptée au conseil d'État dans la séance du 24 germinal an XI, (*ibid.*, p. 471 et 472).

refuser à cet égard le bénéfice de la séparation des patrimoines. J'ai fait une observation du même genre en ce qui concerne le rapport, qui, aux termes de l'article 857, n'est point dû aux créanciers (1).

59 *bis*. III. Le droit que je réserve ici aux créanciers de la succession, au cas d'acceptation pure et simple, suppose évidemment que je ne vois pas dans le fait de cette acceptation un obstacle à l'exercice de l'action par les héritiers eux-mêmes. Vainement dirait-on que le défunt étant engagé envers les donataires, cet engagement doit se transmettre aux héritiers qui continuent purement et simplement sa personne. Si l'objection était sérieuse, elle devrait faire refuser l'action même à l'héritier bénéficiaire, car le bénéfice d'inventaire ne soustrait à l'exécution des engagements du défunt que les biens personnels de l'héritier, et l'on ne pourrait, évidemment, faire rentrer dans cette catégorie les biens propres du défunt dont il a disposé par donation. Mais la vérité est que le défunt n'a pu valablement s'engager par des dispositions à titre gratuit excédant la quotité disponible. Sans doute il n'aurait pas eu de son vivant le droit de les faire réduire lui-même, parce que, d'une part, ce n'est pas dans son intérêt propre qu'a été établie la limitation, et parce que, d'autre part, on ne sait pas, tant qu'il vit, si les donations qu'il a faites excéderont ou non la quotité disponible. Mais il n'en est pas moins vrai que les donations, dès le principe, ont été créées réductibles pour le cas d'excès; lors donc que l'événement fait accomplir cette condition, les héritiers en faveur desquels la réserve est établie doivent être admis à faire valoir l'invalidité de l'engagement.

59 *bis*. IV. Il est donc bien entendu que la réduction peut être demandée par l'héritier à réserve, de quelque manière qu'il ait accepté la succession. Mais il reste la question de savoir s'il est besoin de se porter héritier pour agir en réduction. L'affirmative paraît résulter du principe qui ne considère la réserve que comme une part de succession *ab intestat* : car on n'a pas droit à la succession ni par conséquent à la réserve ainsi envisagée, quand on n'est pas héritier; comment donc pourrait avoir lieu l'action en réduction, qui n'est qu'un moyen d'obtenir la réserve? Au surplus, les termes

(1) V. t. 3, n. 192 *bis*. I; v. aussi ibid., n. 219 *bis*. II.

mêmes de la loi confirment cette idée en désignant sous le nom d'*héritiers* ceux à qui est accordée l'action. Toutefois, je dois convenir qu'il y a sur ce point de graves raisons de douter, tirées surtout des travaux préparatoires du Code sur notre article 921. En effet, dans la discussion au conseil d'État, deux systèmes sont en présence : l'un qui, n'accordant la réserve et par conséquent l'action en réduction qu'au titre d'héritier, en tire la conséquence que les créanciers doivent profiter de la réduction; l'autre qui, attribuant la réserve (ou, comme on disait, la *légitime*) à la qualité d'enfant, écartait ainsi la prétention des créanciers. C'est le premier système qui avait prévalu (1); mais le tribunat le repoussa par ce motif que *l'action en réduction est un droit purement personnel, réclamé par l'individu comme enfant, abstraction faite de la qualité d'héritier,* QU'IL PEUT PRENDRE OU NON (2). Et c'est sur l'observation du tribunat, appuyée par Tronchet, que fut adoptée la rédaction définitive de notre article (3). De là ne peut-on pas conclure que, dans la pensée du législateur, le titre d'héritier peut bien être nécessaire pour prendre sa réserve dans les biens existants en nature, mais qu'il ne l'est pas pour obtenir cette réserve par voie de retranchement sur les biens que la donation a fait réellement sortir de la succession? Tel paraît être en effet le sentiment de M. Troplong, qui décide en conséquence que l'enfant (ajoutez ou l'ascendant) peut agir en réduction sans prendre le titre d'héritier, et qu'il ne fait pas acte d'héritier en exerçant l'action en retranchement (4). Pour moi j'ai peine à admettre qu'on puisse avoir droit à la réserve sans être héritier (5), ou agir en réduction si l'on n'a droit à la réserve. Je tiens donc en principe qu'on ne peut agir en réduction qu'à la condition d'être héritier pur et simple ou bénéficiaire. Mais parce que ce droit appartient aussi bien à l'héritier bénéficiaire qu'à l'héritier pur et simple, je consentirai volontiers à ne point voir dans le fait de l'action intentée, un acte d'héritier

(1) V. séance du 5 ventôse an XI (Fenet, t. 12, p. 335-349). Rédaction communiquée au tribunat, art. 31 (*ibid.*, p. 421).

(2) Observation du tribunat sur l'art. 31 (*ibid.*, p. 447, 448).

(3) Séance du 24 germinal an XI (*ibid.*, p. 471, 472).

(4) V. M. Troplong, *Donations*, t. 2, n. 915-927.

(5) Je l'admets pourtant pour l'enfant naturel, parce qu'il est *loco heredis;* v. ci-dessous VII.

emportant nécessairement acceptation pure et simple, et je réserverai en conséquence à l'enfant ou à l'ascendant qui, en intentant l'action, a manifesté seulement, selon moi, l'intention de prendre l'un ou l'autre de ces deux partis, sans prendre formellement qualité, le droit de se soustraire aux poursuites des créanciers par une acceptation bénéficiaire.

59 *bis*. V. Le droit refusé aux créanciers est aussi, et en premier lieu, expressément refusé aux donataires et aux légataires. Par là, peut-être, le législateur entend seulement proclamer en principe qu'une donation ne doit point être réduite pour faire valoir une donation postérieure ou un legs. C'est par application de ce principe, qu'est établie plus loin la règle qui prescrit de réduire jusqu'à épuisement les legs, avant d'attaquer les donations, et de faire porter la réduction sur les dernières donations avant d'atteindre les plus anciennes (art. 923-925). Au reste, cette règle une fois admise, il est clair, sans qu'on ait besoin de le dire, qu'un donataire ou un légataire n'aura pas en général d'intérêt, et n'aura pas conséquemment qualité, pour faire réduire une donation qui ne doit être atteinte qu'après l'anéantissement complet de son propre titre.

Voici pourtant un cas où je trouverais contre un donataire l'application directe de notre article 921. Pour cela, il faut supposer un donataire de somme d'argent ou de quantité, non payé du vivant du donateur, et qui, eu égard à la date de son titre, aurait droit à obtenir tout ou partie de la quotité disponible, de préférence à des donataires postérieurs. S'il ne trouve pas, dans les biens existants au décès, de quoi se remplir du montant de sa donation dans la mesure de la quotité disponible, il ne pourra pas, pour obtenir ce qui lui manque, faire réduire à son profit les donataires postérieurs, saisis des biens dont le défunt s'est effectivement dépouillé en leur faveur.

Quant à l'application de l'article 921 contre un légataire, on la trouverait peut-être dans le cas particulier où la quotité disponible ne serait pas la même pour le donataire et pour le légataire, cas qui peut résulter de la combinaison de l'article 1094 avec les articles 913 et 915, et aussi, je crois, de l'article 1098 combiné avec l'article 913. En se plaçant donc dans cette hypothèse, si l'on suppose que la quotité disponible la plus forte a été donnée entre-vifs

à une personne qui ne pouvait recevoir que la plus faible, le don sera certainement réductible à la mesure de cette dernière quotité. Mais s'il y a un légataire ayant droit à la plus forte, pourra-t-il demander la réduction ou en profiter, à l'effet d'obtenir l'excédant de cette quotité plus forte sur celle à laquelle se restreint le droit du donataire? Telle est la question qui, d'après les termes précis de notre article, doit, je crois, se résoudre négativement.

59 *bis*. VI. Voici, du reste, comment j'entends que le légataire, dans l'espèce, ne pourra, pour obtenir l'excédant auquel il aurait droit, demander la réduction ni en profiter; c'est-à-dire qu'il ne pourra se faire payer de cet excédant sur le bien que l'héritier recouvrera par l'effet du retranchement, et, par conséquent, il n'obtiendra pas cet excédant, s'il n'y a pas dans la succession d'autres biens que ceux qu'y fera rentrer le retranchement subi par le donataire. Mais, dans le cas contraire, je ne vois pas pourquoi le légataire ne pourrait pas forcer l'héritier, qui est tenu envers lui jusqu'à concurrence de la portion disponible, à imputer sur sa réserve tout ce qu'il retranche au donataire, et par ce moyen la réserve se trouvant complétée sans absorber la totalité des biens existants en nature, ce qui restera de ces biens servira à payer le legs. Un exemple va mettre ma pensée en lumière. Soit un second conjoint qui, aux termes de l'article 1098, ne peut recevoir qu'une part d'enfant; il y a cinq enfants : le conjoint ne peut donc recevoir qu'un sixième; mais la quotité disponible est d'un quart, c'est-à-dire un douzième de plus. Le second époux est donataire entre-vifs d'un bien qui forme à lui seul toute la succession; les enfants lui en retrancheront cinq sixièmes, c'est-à-dire plus que leur réserve, qui n'est que des trois quarts; mais cela n'autorisera pas le légataire à leur demander le payement d'aucune portion de son legs, car il ne peut profiter de la réduction. Mais si le bien donné au second conjoint forme seulement la moitié de la succession, les enfants retrancheront un tiers formant la différence du sixième à la moitié. Ce tiers (quatre douzièmes), ils l'imputeront sur leur réserve des trois quarts (neuf douzièmes), et, pour la compléter, ils prendront seulement dans les biens existants en nature cinq douzièmes. Il restera donc un douzième, qui devra être délivré au légataire.

Ce système d'imputation est parfaitement conforme aux principes; car c'est bien à titre héréditaire que les enfants recueillent

la portion du bien retranché au conjoint, et rien ne s'oppose dès lors à ce qu'ils l'imputent sur leur réserve. C'est ainsi que, nonobstant le principe qui refuse le rapport aux légataires (art. 857), on admet généralement aujourd'hui, qu'ils peuvent forcer les héritiers à imputer sur leur réserve le montant des rapports respectifs, au moyen de quoi les legs pourront s'exécuter jusqu'à concurrence de la quotité disponible sur les biens existants en nature dans la succession.

59 *bis*. VII. La faculté d'agir en réduction est une conséquence nécessaire du droit à la réserve, droit véritablement illusoire s'il était privé de cette garantie. Puis donc que nous avons reconnu l'existence d'une réserve en faveur des enfants naturels et en faveur des enfants adoptifs, nous ne devons pas hésiter à leur accorder l'action en réduction. Il est vrai que la loi désigne ici les réservataires, auxquels elle accorde l'action sous le nom d'*héritiers*, et que les enfants naturels n'ont pas ce titre. Mais peu importe, car ayant droit à une fraction de part héréditaire, ils doivent par cela seul participer à tous les moyens légaux de faire grossir cette part. C'est donc mal à propos que, pour leur refuser la faculté de faire réduire les donations entre-vifs, on argumenterait contre eux de ce qu'ils n'ont de droit que sur *les biens de leurs père et mère décédés;* car cette périphrase, employée, il est vrai, par l'article 756, n'a d'autre objet que d'éviter l'emploi du mot *succession*, à cause de sa relation au titre d'héritier qu'on leur refuse. Mais puisque le titre d'héritier, qui n'existe aussi qu'après décès, s'applique aux biens qui doivent rentrer dans la succession par l'effet de la réduction, pourquoi n'en dirait-on pas autant du droit de succession irrégulière exprimé par la périphrase dont il s'agit, quand la loi elle-même a calqué ce droit sur celui d'un héritier (1)?

A l'égard des enfants adoptifs, personne ne leur conteste le titre d'héritiers, et l'assimilation complète de leurs droits à ceux des enfants nés en mariage (art. 350) doit naturellement recevoir ici, comme partout, son application. Quelques-uns pourtant, sans leur refuser absolument le droit de réduction, ont prétendu affranchir de cette réduction les donations antérieures à l'adoption ; car autrement, disent-ils, l'adoption serait un moyen d'attenter à leur irré-

(1) V. C. c. cass. 16 juin 1847 (P. 1847-2-87).

vocabilité. Je réponds à cela que l'adoption n'attente pas plus à l'irrévocabilité d'une donation antérieure que n'y attenterait la procréation d'enfants légitimes. Or, on n'a jamais prétendu refuser aux enfants légitimes le droit de faire réduire les donations antérieures à leur naissance, lorsque cette naissance même ne les aura pas révoquées complétement (1).

60. Pour juger s'il y a lieu ou non à réduction dans un cas donné, et jusqu'à quelle concurrence, il est évident qu'il faut commencer par déterminer le montant de la quotité disponible, et comparer ensuite à ce montant celui des dispositions à titre gratuit. Le *quantum* de la portion disponible ne peut être connu qu'autant qu'on connaît le *quantum* de la succession tout entière. Il faut donc commencer par la formation d'une masse générale comprenant tous les biens qui composeraient la succession du défunt s'il n'avait fait aucune libéralité : cette masse se forme, 1° de tous les biens qui appartenaient au défunt au jour du décès; 2° de tous ceux dont il a été par lui disposé entre-vifs, et qu'on y réunit fictivement.

Il est clair que tous les biens compris dans la masse le sont, en général, sur le pied de leur valeur au temps du décès; car c'est l'époque de l'ouverture de la succession qui doit régler à la fois et la quotité disponible et la valeur de cette quotité. Toutefois, à l'égard des biens donnés, qui ont pu être améliorés ou détériorés par les donataires, ils doivent figurer dans cette masse, non pour ce qu'ils valent effectivement, mais pour ce qu'ils vaudraient s'ils étaient restés dans la succession. C'est en ce sens que la loi, en s'attachant à la valeur au temps du décès, veut que cette valeur soit déterminée d'après l'état des biens à l'époque des donations.

La masse se diminue naturellement du montant des dettes; et c'est seulement sur ce qui reste net que se calcule la quotité disponible; mais, à cet égard, il faut observer que la loi, qui semble prescrire la déduction des dettes sur la masse gé-

(1) V. C. c. Rej. 29 juin 1825 (P. t. 72, p. 476). V. au surplus t. 2, n. 85 *bis*. I.

nérale, ne pourra être suivie au pied de la lettre, lorsque la somme des dettes excédera celle des biens qui se trouvent en nature dans la succession : on conçoit, en effet, que les créanciers ne pouvant atteindre les biens donnés, il ne serait pas juste d'opérer sur leur valeur une déduction, qui tendrait uniquement à diminuer le montant de la portion disponible. Pour que l'opération soit toujours équitable, il convient donc de faire la déduction des dettes avant la réunion fictive des biens donnés (V. art. 922).

60 *bis*. I. La quotité disponible pour les donations entre-vifs, comme pour les dispositions testamentaires, se détermine au jour de l'ouverture de la succession. La masse à former pour asseoir le calcul, doit naturellement comprendre tout ce qui se trouverait alors dans la succession, si le défunt n'avait fait aucune libéralité. Elle se compose donc, outre les biens existants en nature, de la réunion fictive des biens donnés entre-vifs. Il va sans dire que les biens existants en nature doivent purement et simplement s'estimer sur le pied de leur valeur au temps du décès, et ce quand même l'opération n'aurait lieu qu'après un intervalle plus ou moins long. Quant aux biens donnés, c'est toujours au temps du décès qu'on doit s'attacher pour en fixer la valeur; mais cette valeur n'est pas nécessairement la valeur qu'ils ont, mais celle qu'ils auraient s'ils étaient restés dans la succession. Par conséquent, il faut ajouter à leur valeur actuelle le montant des détériorations et en retrancher le montant des améliorations, si les unes ou les autres proviennent du fait du donataire. C'est ce qu'on exprime en disant qu'on les réunit *d'après leur état à l'époque des donations, et leur valeur au temps du décès*. Mais bien entendu que si les changements survenus dans l'état des biens, et par conséquent dans leur valeur, sont indépendants du fait du donataire, et n'ont point pour cause la possession qu'il en a eue, les biens valant alors au temps du décès ce qu'ils vaudraient si le défunt les avait conservés, on n'aurait nullement à se préoccuper de leur état antérieur.

Par la même raison, il faut dire qu'en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, ce qu'il y a lieu de réunir fictivement à la masse, c'est uniquement l'indemnité d'expropriation. Car c'est là tout ce qu'aurait laissé le défunt s'il n'avait pas fait la donation.

60 *bis*. II. La réunion des biens donnés *d'après leur valeur au temps du décès*, s'applique aux meubles comme aux immeubles; car la loi ne distingue pas. La règle est différente pour le rapport, qui, à l'égard du mobilier, se fait *sur le pied de la valeur lors de la donation* (art. 868). Ainsi, tandis que le mobilier donné en avancement d'hoirie s'impute sur la part héréditaire, eu égard à sa valeur primitive, valeur qui est réputée le véritable objet de l'avancement d'hoirie, le mobilier donné à tout autre titre ne s'impute sur la quotité disponible que suivant sa valeur actuelle (1). On donne pour raison de différence que le rapport étant prévu, le successible sait à quoi il s'expose, s'il garde en nature le mobilier, qu'il est réputé avoir acheté à ses risques et périls, tandis que le donataire ordinaire ne devant pas s'attendre à la réduction, il serait trop rigoureux de l'obliger à compter d'une valeur plus grande que celle dont il se trouve enrichi au temps du décès (2). Cette règle devrait s'appliquer même au cas où la donation mobilière serait faite à un successible, si le don est par préciput. Car le motif indiqué est applicable, le donataire n'ayant pas dû s'attendre au rapport. J'en dirais autant, quoique la question pût paraître plus douteuse, si le donataire en avancement d'hoirie renonce à la succession; car je crois qu'il a droit alors à être traité comme un donataire étranger, quelque parti qu'on prenne d'ailleurs sur le mode d'imputation de ce qu'il retient *jusqu'à concurrence de la quotité disponible* (3). Mais, si le don n'ayant pas été fait par préciput, le donataire vient à la succession, l'article 868 est alors applicable; c'est donc la valeur au temps de la donation qui devra être comprise dans la masse générale (4), et si, comme on va le démontrer (5), le don sujet à rapport doit alors s'imputer sur la réserve

(1) Il va sans dire, en effet, que l'imputation sur le disponible s'applique à la valeur pour laquelle les biens donnés sont comptés dans la masse générale.

(2) V. disc. au conseil d'État, Bigot répondant à Tronchet, séance du 12 ventôse an XI (Fenet, t. 12, p. 349).

(3) V. ci-dessus n. 42 *bis*. V.

(4) V. pourtant C. c. cass., 14 décembre 1830 (P. t. 89, p. 56). Mais dans l'espèce de cet arrêt, il avait d'abord été jugé qu'une cession faite par l'auteur à son successible devait être considérée comme donation déguisée maintenue jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Il y avait donc là une question de réduction comme pour un don par préciput.

(5) Ci-dessous VII.

des héritiers, c'est évidemment sur le pied de cette même valeur qu'aura lieu l'imputation.

60 *bis*. III. Les biens qui n'auraient qu'une valeur fictive ne doivent point entrer dans la masse formée aux termes de l'article 922. Car évidemment il ne faut composer cette masse que de ce qui peut s'imputer utilement, soit sur la réserve, soit sur la quotité disponible. L'observation s'applique aux créances sur débiteur insolvable, qu'elles fassent partie des biens existants, ou qu'elles soient du nombre des biens donnés, dont la loi prescrit la réunion fictive. Ne devant compter que pour leur valeur au temps du décès, il est clair que si l'insolvabilité a déjà éclaté, si sa mesure est connue, il n'y a lieu à comprendre dans la masse que le chiffre du dividende à obtenir, et si l'insolvabilité est totale, ce chiffre sera zéro. Que si la créance est douteuse, il conviendra de ne la faire figurer dans la masse que pour mémoire; on opérera ensuite comme si elle n'existait pas, ce qui diminuera d'autant le chiffre de la réserve et celui de la quotité disponible. Après quoi, quand l'événement aura révélé la valeur réelle, cette valeur se répartira entre la réserve et la quotité disponible. Maintenant, si l'on n'a point ainsi procédé et que la créance considérée comme bonne ait été comprise dans la masse pour sa valeur nominale, quand l'événement ultérieur aura démontré l'insolvabilité existante *au jour du décès*, il y aura lieu à rectification en sens inverse par retranchement sur le chiffre de la réserve et sur celui de la quotité disponible. Je crois, au reste, que les légataires ou autres intéressés à grossir le chiffre de la quotité disponible pour éviter la réduction, seront toujours fondés à faire comprendre dans la masse, pour sa valeur nominale, la créance douteuse, en donnant caution de son recouvrement.

60 *bis*. IV. Sur la masse active dont une quote-part doit, eu égard à la qualité, et quelquefois au nombre des héritiers (V. article 913 et 915), former la portion disponible, il y a lieu de déduire préalablement les dettes; car il n'y a de biens que dettes déduites. Mais comme les biens donnés qui se réunissent fictivement à cette masse, échappent à l'action des créanciers, soit que par événement ils doivent rester aux donataires, soit qu'ils rentrent dans les mains des héritiers par l'effet de la réduction (V. art. 921), il serait absurde de faire porter la déduction sur cette partie de la

masse active. Ce n'est donc pas, comme la loi semble le dire, de *tous* les biens formant la masse qu'il y a lieu de déduire les dettes. C'est seulement sur les biens qu'elles grèvent, c'est-à-dire sur les biens existants au décès, que pourra porter la déduction. On comprend, au reste, que si la valeur des biens existants dépasse ou du moins égale le montant du passif, peu importera qu'on procède à la déduction avant ou après la réunion fictive des biens donnés; car il restera toujours pour composer la masse, outre la portion non absorbée des biens existants, quand il en restera, l'intégralité des biens donnés. Mais, dans le cas contraire, si la déduction se faisait sur la masse totale, elle entamerait la valeur des biens donnés, ce qui, sans profit aucun pour les créanciers, ne tendrait qu'à abaisser le *quantum* de la quotité disponible calculée sur l'actif net. Concluons que la marche la plus régulière est de procéder à la déduction du passif sur l'actif, avant la réunion fictive des biens donnés. Ou, si l'on tient à suivre l'ordre tracé par notre article, il ne faudra alors déduire les dettes sur la masse totale que jusqu'à concurrence de la valeur des biens existants; ce qui, au surplus, n'est point inconciliable avec les termes de la loi.

60 *bis*. V. Observons ici que les dettes dont la loi prescrit la déduction peuvent être inconnues au moment où l'on procède à la liquidation, et l'ignorance où l'on serait sur ce point pourrait faire élever trop haut le chiffre de la quotité disponible. Mais il est clair que la vérité connue devant prévaloir sur l'erreur, la découverte postérieure d'une dette donnerait lieu à rectifier l'opération et à soumettre ainsi à la réduction des libéralités qui avaient semblé d'abord devoir y échapper.

60 *bis*. VI. La manière de calculer la quotité disponible doit naturellement être la même, quel que soit l'intérêt de la question qui donne lieu à ce calcul. Ainsi, quoique la loi n'ait disposé ici qu'en vue de la détermination de la réduction, la marche tracée devrait servir pour fixer le *quantum* d'un legs de la quotité disponible, dans le cas où les héritiers se considérant comme remplis de leur réserve, au moyen des avancements d'hoirie entre eux retenus ou rapportés, ne soulèveraient pas la question de réduction. Toutefois, cette idée si simple a longtemps trouvé des contradicteurs, qui, confondant avec le rapport, dont les légataires ne doivent point profiter (art. 957), la réunion fictive des biens donnés prescrite

par l'article 922, voulaient que pour le calcul de la quotité disponible léguée on fît abstraction des donations sujettes à rapport, et que le calcul portât ainsi uniquement sur les biens existants au temps du décès. C'est là, en effet, la règle qu'il faudrait suivre, par application de l'article 857, pour déterminer l'étendue d'un legs ayant simplement pour objet une quote-part des biens. Mais quand l'objet du legs est la quotité disponible, on ne peut, sans tomber dans l'arbitraire, calculer cette quotité autrement que ne le fait la loi elle-même dans l'article 922, en prenant pour base la masse de tous les biens que laisserait le défunt s'il n'avait fait aucune libéralité. Il est vrai que la loi n'en a disposé ainsi qu'en vue du cas de réduction; mais peu importe, car la question d'étendue de la quotité disponible étant toujours la même, la manière de la calculer doit aussi nécessairement être toujours la même, et il serait impossible d'alléguer une raison vraisemblable de différence. C'est ce que la Cour de cassation, après avoir longtemps marché dans une autre voie, a fini par reconnaître dans le célèbre arrêt *Saint-Arroman* (1). Et c'est aujourd'hui un point constant en doctrine et en jurisprudence, que l'article 922 est la seule règle à suivre pour la détermination de la quotité disponible, soit qu'il s'agisse à proprement parler de réduction, soit qu'il s'agisse seulement de fixer l'étendue d'un legs ayant pour objet cette quotité.

60 *bis*. VII. Maintenant, ce point admis, les héritiers pourraient, en s'appuyant sur l'article 857, élever une prétention bien autrement préjudiciable au légataire, à savoir que les avancements d'hoirie, tout sujets qu'ils sont à rapport, doivent être considérés par les légataires comme des donations pures et simples, qui, imputées sur la quotité disponible, la diminueraient d'autant et le plus souvent même l'absorberaient complétement et rendraient ainsi le legs caduc. Mais cette prétention aussi serait mal fondée; car les héritiers doivent imputer sur leur réserve tout ce qu'ils obtiennent à titre héréditaire, par conséquent tout ce qu'ils retiennent ou ce qu'ils recouvrent par l'effet du rapport auquel ils sont mutuellement soumis, et le légataire, qui ne doit être réduit que pour parfaire la réserve des héritiers, peut, pour échapper à la

(1) C. c. Rej. (ch. réun.), 8 juillet 1826 (P. t. 76, p. 272); Jung. C. c. cass., 13 mai 1828 (P. t. 82, p. 171); C. c. cass., 19 août 1829 (P. t. 85, p. 254).

réduction, les forcer à cette imputation. Quant au principe qui lui refuse le rapport, il recevra son application, en ce sens que son legs ne pourra s'exécuter sur les biens rentrés dans la succession par l'effet du rapport. Ainsi, à quelque somme que ce legs soit élevé par le calcul fait aux termes de l'article 922, son efficacité, par la force des choses, se bornera à la valeur des biens existants au jour du décès.

60 *bis*. VIII. Cette doctrine, consacrée par l'arrêt ci-dessus cité, n'est aujourd'hui, je crois, contredite par personne, pour le cas supposé où le successible donataire vient à la succession et doit en conséquence le rapport à ses cohéritiers. Mais plusieurs soutiennent encore que ce successible, s'il renonce, doit être complétement assimilé à un donataire étranger, et que la donation qu'il retient doit en conséquence s'imputer sur la quotité disponible, au risque de l'absorber. Je crois, au contraire, comme je l'ai déjà dit, que le successible qui renonce doit imputer d'abord le don qu'il retient sur la quote-part qu'il aurait prise dans la réserve, et qu'il n'impute sur la quotité disponible que ce dont la rétention qui lui est permise excède cette part de réserve. Sur ce point, au reste, je ne puis que m'en référer à ce que j'ai dit plus haut (1).

60 *bis*. IX. Le principe qui refuse aux légataires le droit au rapport, s'applique aussi bien à ce qu'on appelle improprement le rapport des legs, qu'au rapport des donations. Il s'ensuit que le legs fait au successible doit concourir avec les autres legs dans la distribution du patrimoine insuffisant pour les payer tous; seulement le dividende ainsi obtenu, au lieu de profiter à l'héritier légataire, profitera à tous les cohéritiers (2). Mais je ne vois pas, du reste, pourquoi l'on ferait difficulté d'étendre ici ce que nous avons dit pour les donations, et de soumettre d'abord, à l'imputation sur la réserve, le legs fait au successible. Cela, en effet, est tout à fait conforme à l'intention présumée du testateur, qui a destiné ce legs à s'imputer sur la part héréditaire ou à en tenir lieu. Ce serait donc seulement lorsque le legs excéderait le montant de la réserve, et uniquement pour cet excédant qu'il viendrait en concours avec les autres legs. Ainsi réduit, ce concours procurera

(1) V. ci-dessus n. 42 *bis*. III-VI.

(2) V. t. 3, n. 192 *bis*. III.

encore un avantage pour les héritiers, qui, déjà remplis de leur réserve, obtiendront une part dans la quotité disponible. Mais c'est la conséquence du principe qui refuse le rapport aux légataires, et ceux-ci ne peuvent pas plus disputer au successible, légataire comme eux, un dividende dans la quotité disponible, qu'ils ne disputeraient au successible donataire ou à ses cohéritiers investis par le rapport, le droit de retenir en entier sur la quotité disponible l'excédant de la donation sur la réserve.

61. La masse composée et la quotité disponible fixée, il est facile de voir si les libéralités excèdent ou non cette quotité. Mais il est clair que la libre faculté de disposer n'ayant cessé pour le défunt qu'au moment où il a dépassé les limites tracées par la loi, tous les droits conférés aux donataires dans ces limites doivent rester intacts, et que la réduction ne peut préjudicier qu'aux droits acquis postérieurement.

De là il suit, 1° que la réduction porte sur les dispositions testamentaires avant d'atteindre les donations entre-vifs;

2° Qu'entre les donations, les plus nouvelles doivent toujours être réduites avant les plus anciennes (V. art. 923).

61 *bis*. I. L'emploi du procédé indiqué par l'article 922 sert à reconnaître le chiffre de la quotité disponible, et comme on connaît également la valeur estimative de chacun des biens donnés ou légués, il est facile de voir si les dons ou legs de corps certains ou de quantités excèdent ou non cette quotité. Ce chiffre, basé sur la valeur des biens au temps du décès, est ainsi invariablement fixé, à quelque époque que s'opère la liquidation, sans égard aux changements qui ont pu survenir jusque-là dans la valeur respective des biens. Mais la conséquence est différente suivant qu'il s'agit de dons ou legs de corps certains, ou qu'il s'agit, au contraire, de dons ou legs de quantité.

Ainsi, à l'égard des corps certains, la fixation de la masse d'après la base ci-dessus servira à déterminer si, et dans quelle proportion, la propriété du bien donné ou légué doit ou rentrer dans la succession ou appartenir au donataire ou légataire, et qui, par conséquent, doit profiter ou souffrir en tout ou en partie des augmentations ou diminutions survenues dans sa valeur. Supposons

donc, par exemple, la quotité disponible fixée par application de l'article 922 à 12; l'immeuble donné est entré dans la masse pour 15, valeur au temps du décès, il y a lieu à retranchement d'un cinquième; et quand même l'immeuble ne vaudrait que 10 au moment de la liquidation, il ne serait pas moins sujet, non pas au retranchement de 3, excédant de 15 sur 12, mais au retranchement d'un cinquième, valant aujourd'hui 2. Supposons à l'inverse que l'immeuble ne soit entré dans la masse que pour 12, le donataire le retiendra en entier quand même il vaudrait aujourd'hui 15. Supposons maintenant que compris dans la masse pour 18, et passible conséquemment du retranchement d'un tiers, il vaille aujourd'hui 24, le donataire n'en sera pas quitte pour offrir 6, excédant de 18 sur 12; mais il devra toujours subir le retranchement d'un tiers, valant aujourd'hui 8.

Au contraire, en ce qui concerne les dons ou legs de quantité, les changements survenus dans la valeur des biens héréditaires sur lesquels les dons ou legs doivent s'exécuter, n'exercent aucune influence sur le *quantum* de la retenue ou du retranchement; et la somme de la quotité disponible comparée à la somme donnée ou léguée, fixera, une fois pour toutes, celle qui devra être conservée ou obtenue par le donataire ou légataire, et celle dont il devra subir le retranchement.

Tout cela, au reste, n'est que l'application du principe qui met les choses aux risques du propriétaire ou du créancier de corps certain, et ne les met jamais aux risques des créanciers de quantité.

61 *bis*. II. Des principes admis il résulte qu'une donation, lorsqu'elle n'excède pas la quotité disponible calculée eu égard au temps du décès, est et demeure inattaquable, quand même les pertes ou dépréciations survenues dans les biens héréditaires feraient défaillir en tout ou en partie, pour les héritiers, l'utilité de la réserve. Pareillement, ou plutôt conséquemment, lorsque l'insolvabilité d'un donataire postérieur, soumis à réduction, rendra contre lui l'action inefficace et privera ainsi les héritiers du recouvrement de leur réserve, ce ne sera pas en soi une raison suffisante pour faire porter la réduction sur une donation antérieure qui n'y était pas sujette. Et toutefois, si l'insolvabilité du donataire sujet à réduction existait déjà au temps du décès, il ne serait pas juste d'en

faire tomber tout le poids sur les héritiers à réserve. Ce qu'il faudrait faire alors, ce serait de défalquer de la masse sur laquelle se calcule le *quantum* de la quotité disponible, la valeur de la donation faite à l'insolvable. De cette manière le *quantum* de la réserve et celui de la quotité disponible se trouveront proportionnellement diminués. Et si, par le résultat de l'opération ainsi rectifiée, la donation antérieure se trouve dépasser la limite légale, elle subira retranchement pour l'excédant.

Notre décision sur ce point est, comme on le voit, en parfaite harmonie avec la doctrine que nous avons admise relativement aux créances héréditaires sur débiteur insolvable (1); elle consiste toujours à ne point tenir compte dans la formation de la masse d'une valeur nulle, qui ne pourra être utilement imputée ni sur la réserve ni sur la quotité disponible. Or évidemment l'action en retranchement, qui représente dans la succession la somme donnée à l'insolvable, n'est pas de nature à s'imputer sur la quotité disponible déjà absorbée par les donations antérieures, et ne peut s'imputer utilement sur la réserve : c'est une raison pour exclure de la masse la somme donnée qu'elle représente.

62. Observons en passant qu'il est un cas où la donation, même excessive, pourra échapper à la réduction proprement dite, c'est celui où elle est faite à un héritier à réserve : celui-ci ayant droit à une part héréditaire dans les biens non disponibles, la loi lui permet de retenir sur les biens donnés la valeur de cette part; mais il faut pour cela que les autres biens non disponibles soient de la même nature (V. art. 924); et remarquez que, pour appliquer l'article, il faut supposer que la donation faite au successible n'est pas sujette à rapport. Selon nous, cette application se borne au cas d'un don par préciput. Ainsi entendue, la disposition de la loi a pour unique objet non pas d'abroger mais de modifier en l'expliquant, suivant le droit commun, le principe du rapport en nature proclamé d'une manière trop absolue par l'art. 866 (V. art. 859).

62 *bis*. I. Pour bien saisir le sens et la portée de l'article 924,

(1) V. ci-dessus n. 60 *bis*. III.

il n'est pas inutile de jeter un coup d'œil sur son origine, et de constater la transformation qu'il a subie par l'addition faite à son texte primitif, sur les observations du Tribunat. Ces documents pourront aussi servir, sinon à justifier, au moins à expliquer la place qu'occupe cet article entre l'article 923 et l'article 925, quoique, dans l'ordre naturel des idées, ces deux derniers eussent semblé devoir se suivre sans interruption.

L'origine de l'article 924, comme celle de l'article 923, est évidemment dans l'article 34 de l'ordonnance de 1731; lequel article, en même temps qu'il réglait l'ordre dans lequel les donations devaient être réduites pour fournir aux enfants leur légitime, consacrait pour les enfants donataires le droit de retenir les biens à eux donnés jusqu'à concurrence de la valeur de leur légitime. La pensée du rédacteur était probablement d'indiquer, d'après Ricard, la seconde règle comme faisant exception à la première, en ce sens que l'enfant donataire autorisé à retenir jusqu'à concurrence de sa légitime ne contribuerait pas, sur ce qu'il retiendrait ainsi, à fournir la légitime des autres, si bien que pour l'obtenir, ceux-ci devraient s'adresser à des donataires même plus anciens que lui (1). C'est peut-être dans la même pensée que fut conçu et classé l'article 34 de la rédaction communiquée au Tribunat, type de notre article 924, dont il différait seulement en ce qu'il ne contenait pas la restriction exprimée par ces mots qui terminent l'article actuel : *s'ils sont de même nature*. En cet état, la disposition proposée pouvait être considérée comme déterminante, pour consacrer la doctrine d'imputation du don fait au successible renonçant sur sa part de réserve. Mais ce ne fut pas dans ce sens que l'article fut entendu par le Tribunat. On vit dans la rétention qu'il autorise, la faculté pour le donataire par préciput, tenu à rapporter l'excédant de la quotité disponible, de s'affranchir indistinctement du rapport en nature; et pour rentrer à cet égard dans la règle établie par l'article 859, on proposa la restriction dont il s'agit.

62 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, l'article 924, avec l'addition qui le termine et qui en limite l'application, ne peut aucunement être considéré comme ayant trait à la question de savoir si le renonçant

(1) V. ord. de 1731, art. 34; Sallé, sur cet article; Ricard, *Des donations* (3e partie, n. 1114).

a droit de retenir sa part de réserve ; car un droit de cette importance ne saurait être subordonné à une circonstance aussi minime que celle d'identité dans la nature des biens. L'article donc, signifie seulement que le donataire par préciput, tenu en principe à rapporter en nature l'excédant de l'immeuble donné sur la quotité disponible (art. 866), peut ne rapporter cet excédant qu'en moins prenant, quand il y a dans la succession d'autres immeubles; en un mot, qu'il y a lieu pour le rapport de cet excédant à suivre la distinction établie par l'article 859.

Je crois, au reste, que la disposition de notre article, quoiqu'elle ne comprenne dans ses termes que la donation entre-vifs, devrait également s'appliquer au successible légataire. Je crois, en effet, que le rapport en moins prenant, dans les cas où la loi l'autorise, est applicable aux legs comme aux donations (1).

62 *bis*. III. Quant à la grande question à laquelle la disposition de notre article doit, je le répète, être considérée désormais comme étrangère, j'ai exposé plus haut les raisons qui me portent à croire que l'héritier qui renonce pour s'en tenir à son don, ne doit point être assimilé à celui qui renonce purement et simplement, et qu'il conserve à tout événement le droit de retenir le don jusqu'à concurrence de la part qui lui revenait dans la réserve, sans préjudice du droit plus ample d'étendre la retenue jusqu'à la limite de la quotité disponible, si cette quotité ou la partie non épuisée de cette quotité dépassait le montant de la part de réserve (2).

Ma pensée, que je saisis ici l'occasion de résumer, c'est que le don au successible étant toujours censé fait en avance sur sa part de réserve ou par imputation sur cette part, la renonciation qu'il fait au surplus de la succession ne doit point priver ce successible du droit de retenir la chose au titre auquel il l'a reçue. La loi, il est vrai, afin qu'il ne soit jamais plus maltraité que ne le serait un donataire étranger, lui accorde quelque chose de plus, en lui permettant non pas de cumuler, mais d'étendre la retenue jusqu'à concurrence de la quotité disponible. C'est là une faveur dont il profitera quand il y aura lieu, c'est-à-dire lorsque la quotité disponible non encore épuisée dépassera le montant de la part de ré-

(1) V. t. 3, n. 177 *bis*. I.

(2) V. ci-dessus n. 42 *bis*. V et VI.

serve; mais cette faveur, évidemment, n'aura pas d'application lorsque la quotité disponible sera déjà épuisée par des libéralités antérieures à l'avancement d'hoirie. Au reste, cette circonstance ne devra faire nul obstacle au droit de retenir jusqu'à concurrence de la part de réserve, droit fondé sur le titre auquel le successible n'est pas censé avoir renoncé en répudiant le reste de la succession. De là il résulte que, conformément aux anciens principes consacrés par l'article 34 de l'ordonnance de 1731, le don retenu par le successible donataire, en tant qu'il est imputable sur sa part de réserve, ne pourra être atteint pour parfaire la part des autres héritiers, et que ceux-ci, ne trouvant pas leur part dans les biens laissés par le défunt, devront agir en réduction contre les donataires mêmes antérieurs à l'avancement d'hoirie. Pareillement, le legs fait au successible renonçant, me paraissant, tout aussi bien que la donation, imputable d'abord sur la part de réserve, et pour le surplus seulement sur la quotité disponible, j'en conclus que dans cette mesure il doit être acquitté par préférence et qu'ils n'admettront le concours et la contribution avec les autres légataires que pour ce dont il excède la part de réserve. Par la même raison je décide que dans la mesure de la part de réserve, le legs dont il s'agit ne sera point soumis à la caducité prononcée par l'article 925, et que si la quotité disponible est non pas seulement épuisée mais excédée par des donations entre-vifs, la réduction devra porter non sur le legs, mais sur les donations.

Bien entendu que tout ce qui précède s'applique seulement aux dons ou legs faits à un successible sans clause de préciput; car le don ou legs fait par préciput est de plein droit imputable sur la quantité disponible, et soit que le successible accepte ou renonce, il y aura lieu de suivre purement et simplement, en ce qui le concerne, le droit commun sur la réduction et l'ordre dans lequel elle doit s'opérer.

Il va sans dire, au reste, que l'imputation sur la réserve, pour les donations mêmes qui sont faites sans clause de préciput, ne sera pas possible si par événement le droit à la réserve ne s'ouvre pas au profit soit du successible donataire lui-même, soit de ses représentants. C'est ce qui arriverait si ce successible venait à prédécéder sans enfants ni descendants. Il est clair qu'alors la donation s'imputera purement et simplement sur la quotité disponible, avec

toutes les conséquences qui marchent à la suite de cette imputation. Ainsi un don qui dans l'intention de son auteur n'était qu'un avancement d'hoirie, pourra, contre cette intention, absorber en tout ou en partie la quotité disponible et rendre inefficaces les libéralités que le père de famille n'avait pas cru par là s'interdire. Mais s'il craint cette éventualité, il a un moyen facile de s'y soustraire en stipulant dans la donation le droit de retour. Quant au legs fait au successible, l'inconvénient signalé n'existera jamais, puisque le prédécès du légataire rendra le legs caduc.

63. Les legs devant toujours être réduits avant les donations, il est évident qu'ils sont tous caducs lorsque les donations absorbent la quotité disponible (V. art. 925).

64. Que si la quotité disponible n'est point épuisée par les donations, mais qu'elle soit insuffisante pour payer tous les legs, il y a lieu à les réduire; et dans cette réduction on n'aura nul égard à l'ancienneté du titre, car toutes les dispositions testamentaires, bien que contenues dans des actes différents, sont toujours réputées avoir la même date, celle de l'ouverture du droit. La réduction se fera donc proportionnellement sur toutes, *sans distinction entre les legs universels et les legs particuliers*. D'où il suit que les légataires universels ou à titre universel feront subir aux legs particuliers qu'ils sont chargés d'acquitter (art. 1009, 1013, 1017) une réduction proportionnelle à la réduction que subira leur propre legs (V. art. 926).

64 *bis*. I. La réduction proportionnelle de tous les legs sans distinction de leur nature est fondée sur l'intention probable du testateur, qui n'impose au légataire universel l'acquittement intégral des autres legs, que dans la supposition qu'il aura pour les acquitter l'universalité des biens, et qu'il entend lui laisser tout ce qui restera après l'acquittement des charges. Mais s'il subit une réduction et n'obtient ainsi qu'une quote-part de l'universalité, il est tout simple qu'il applique dans la même proportion la réduction aux legs qu'il est chargé d'acquitter. Si donc, par exemple, le légataire universel est réduit à moitié, c'est de cette moitié seulement qu'il devra aux légataires à titre universel la quote-part qui leur a été léguée. Et pareillement il ne devra aux légataires particuliers que

la moitié des sommes ou des choses qui leur ont été léguées (1). Cela posé, on ne voit pas d'abord comment un légataire universel, en concours avec des héritiers à réserve et n'obtenant dès lors qu'une part de l'universalité, pourrait jamais être tenu à l'acquittement intégral des legs; c'est pourtant ce que paraît supposer l'article 1009 quand il le charge en principe d'acquitter *tous* les legs, en ne considérant que comme exceptionnel le cas de réduction, pour lequel il renvoie à l'application de notre article 926. Est-il donc en effet possible qu'un *légataire universel* soit en concours avec des héritiers à réserve et que la limitation de son legs à la mesure de la quotité disponible ne constitue pas pour lui une réduction? Non certainement, s'il faut, en s'attachant à la lettre de l'article 1003, ne tenir pour legs universel que celui qui comprend purement et simplement l'universalité des biens. Mais si on reconnaît au contraire qu'un legs est vraiment *universel* par cela seul qu'il appelle éventuellement à recueillir l'universalité (2), on trouvera évidemment ce caractère au legs de *tout ce dont il est permis de disposer,* legs qui recevra plus ou moins d'étendue suivant la composition de la famille à la mort du testateur, et qui pourra même comprendre le tout si le testateur par événement ne laisse pas d'héritiers à réserve. Cela posé, on n'est plus embarrassé pour trouver un légataire universel qui, dans le concours avec des héritiers à réserve, n'obtient en effet que la quotité disponible, et n'est pourtant pas réduit puisqu'il obtient tout ce qui lui a été légué. Celui-là évidemment devra acquitter tous les legs sans leur faire subir de réduction, puisque lui-même n'en subit pas. Mais, au contraire, quand un légataire à qui le défunt avait voulu laisser purement et simplement l'universalité des biens sera réduit par les héritiers à réserve à la mesure de la quotité disponible, ce sera *le cas de réduction* prévu par la disposition finale de l'article 1009, et c'est alors qu'il faudra appliquer notre article 926.

(1) Il est d'ailleurs bien entendu que la loi en proscrivant toute distinction *entre les legs universels et les legs particuliers,* a compris dans sa pensée les legs simplement à titre universel comme les legs universels proprement dits. La règle évidemment est que tout légataire chargé d'acquitter d'autres legs, fût-ce même un légataire particulier, peut, s'il subit lui-même une réduction, la faire subir dans la même proportion aux legs qu'il est chargé d'acquitter.

(2) V. ci-dessous sur l'art. 1003.

Maintenant, comment dans la pratique saura-t-on reconnaître à laquelle des deux catégories appartiendra un légataire universel, lorsque les termes du testament ne seront point précis à cet égard? C'est là une question qui mérite d'être examinée, mais dont l'examen rentrera plus naturellement dans l'explication de l'article 1009.

64 *bis*. II. La règle de réduction proportionnelle s'applique à tous les legs, et je ne crois pas qu'il en faille excepter, avec quelques-uns (1), les legs de corps certain. Il est vrai qu'au cas d'insolvabilité d'un débiteur, les créanciers de corps certain ne viennent pas à contribution avec les créanciers de quantité. Ce point, admis, je crois, de tout temps, ne peut surtout être douteux dans notre droit, qui donne à la créance de corps certain un effet translatif de propriété (art. 711). Il est clair, en effet, que les autres créanciers, qui n'ont pour gage que les biens de leur débiteur, ne peuvent rien prétendre sur des objets qui ne lui appartiennent plus, ni empêcher par conséquent les propriétaires d'obtenir la possession de ces objets. Mais ici les légataires de corps certains ne peuvent argumenter de la translation de propriété opérée en leur faveur, non que le legs de corps certain ne soit aussi translatif de propriété, mais parce que ce legs ne les rend propriétaires que dans la proportion pour laquelle leur droit doit être maintenu, et que, dans l'intention présumée du testateur, qui n'a manifesté aucune préférence, ils ne doivent être propriétaires que dans la même proportion dans laquelle subsisteront les autres legs. N'est-il pas en effet raisonnable que les legs de corps certain, étant comme tous les autres soumis à la réduction pour parfaire la réserve, cette réduction leur soit appliquée *de la même manière* qu'à tous les autres?

Au reste, notre solution étant principalement fondée sur la généralité des termes de l'article 926, qui n'a en vue que la réduction pour parfaire la réserve, peut-être ne faudrait-il pas suivre la même règle si la réduction à subir procédait d'une autre cause, *puta* de l'insuffisance de l'actif de la succession pour l'acquittement intégral des legs (2). Mais ce point même me paraît douteux; car tous les legs ayant leur principe dans la volonté du testateur, je ne vois pas pourquoi l'on supposerait qu'il a voulu favoriser les uns plus que

(1) V. notamment Toullier, t. 5, n. 558.

(2) V. Toulouse, 18 avril 1834 (P. t. 100, p. 555).

les autres ; et presque tous ont été nécessairement faits par lui dans la supposition que son patrimoine serait suffisant pour les acquitter tous. Quelle bonne raison a-t-on de croire qu'il aurait légué intégralement les corps certains, s'il avait prévu que l'insuffisance du patrimoine ne permettrait pas l'acquittement intégral des legs de quantité ?

65. Du reste l'égalité établie par la loi entre tous les légataires dans la réduction qu'ils subissent n'étant, à vrai dire, fondée que sur la volonté présumée du testateur, il est clair que sa volonté expresse d'accorder une préférence doit prévaloir sur cette supposition (V. art. 927).

65 *bis*. En principe, la volonté du testateur est et doit être toutpuissante pour affranchir un legs de la réduction proportionnelle et le faire acquitter de préférence aux autres, mais cette volonté ne se suppose pas, et la loi exige à cet égard une déclaration expresse, ce qui cependant ne veut pas dire qu'il y ait pour cette déclaration des termes sacramentels ; mais ce qui tend surtout à renfermer dans les termes du testament l'examen de la question de volonté, sans qu'il soit permis de tirer d'ailleurs des inductions soit de la qualité des personnes, soit des rapports particuliers d'affection, de bienveillance ou de gratitude qui pouvaient exister envers tel ou tel des légataires.

Toutefois cette règle, dans ma pensée, ne doit point prévaloir sur les raisons qui me font supposer imputable de plein droit sur la réserve, le legs fait à un successible ; d'où je tire la conséquence que ce legs n'est pas soumis à la réduction proportionnelle (1). Ma supposition, en effet, repose là sur la théorie du législateur luimême, qui soumet en général ce legs au rapport, et qui évidemment ne défend de le cumuler avec la part héréditaire que parce qu'il le regarde comme fait par imputation sur cette part ou pour en tenir lieu (2). Cela posé, le legs dont il s'agit, imputable sur la réserve, ne peut recevoir l'application de l'article 926, qui n'a pour objet que de régler la répartition de la quotité disponible entre les légataires.

(1) V. ci-dessus n. 62 *bis*. III.
(2) V. t. 3, n. 177 et 177 *bis*. I.

66. La réduction doit, en général, remettre la succession au même état que si le don excessif n'avait pas eu lieu.

Ainsi, les fruits des biens à recouvrer appartiennent à la succession du jour même du décès. Et néanmoins la bonne foi doit produire ici son effet ordinaire; c'est par ce motif, selon nous, que le donataire, s'il n'est pas attaqué dans l'année, ne doit les fruits que du jour de la demande (V. art. 928).

66 *bis*. I. Ici, comme en matière de rapport, c'est au point de vue seulement du capital, qu'on applique le principe de remise de la succession au même et semblable état que si le don n'avait pas eu lieu. Quant aux revenus du temps intermédiaire, il n'y a aucune raison de les enlever au donataire; car on peut supposer que le défunt, s'il avait conservé le bien qui les produit, les aurait dépensés, et que sa succession dès lors n'en serait pas plus riche. Ce résultat, au reste, se concilie parfaitement avec l'idée de résolution du titre; car pour la condition résolutoire comme pour la condition suspensive, l'effet rétroactif attaché à son accomplissement n'a pas, en général, d'application aux jouissances du temps antérieur. Cela posé, il est clair que c'est à titre de propriétaire que le donateur a droit aux fruits jusqu'à l'ouverture de la succession. D'où je conclurai qu'à la différence d'un possesseur de bonne foi, qui, selon moi, n'a droit même aux fruits civils qu'autant qu'il les a perçus (1), le donataire à qui appartient le droit de jouir, parce qu'il est propriétaire, doit profiter des fruits comme en profiterait un usufruitier. A lui, par conséquent, s'appliquerait le principe d'acquisition des fruits civils jour par jour; ce qui lui donnerait le droit de se faire payer, même après la résolution opérée, les loyers, intérêts ou arrérages qui ont couru à son profit avant cette résolution.

66 *bis*. II. Quant aux fruits du temps postérieur à l'ouverture de la succession, ils appartiennent aux héritiers redevenus propriétaires par l'effet de la résolution. Il paraît même que dans l'ancien droit, en vertu du principe de la saisine des héritiers, on n'aurait pas permis aux donataires demeurés en possession, pendant quelque temps que ce soit, d'invoquer leur bonne foi pour retenir les

(1) V. t. 2, n. 384 *bis*. V.

fruits au préjudice des légitimaires (1). Mais cela n'était pas juste. Car bien que les donataires n'ignorent pas absolument le vice de leur titre, qu'ils savent dès l'origine être susceptible de résolution à la mort du donateur, ils peuvent ignorer cette mort, ou, lorsqu'ils la connaîtraient, ils peuvent ignorer si, eu égard à l'état de la succession, la réduction doit les atteindre, et si les héritiers jugeront à propos de la demander. Que si dans cette confiance, ils retiennent la possession et la jouissance, il serait bien rigoureux que par l'effet d'une attaque tardive, ils se trouvassent ensuite tenus à restituer les fruits de plusieurs années, fruits qu'ils sont au moins excusables de n'avoir point conservés. Le législateur a pourvu à tout par la distinction qu'il établit entre l'attaque dirigée dans l'année et l'attaque dirigée après l'année. Sa pensée évidente est de considérer ou non le donataire comme possesseur de bonne foi, suivant qu'il est ou non attaqué dans le cours de la première année. Au reste, comme il y a ici une règle spéciale, je crois qu'elle doit être appliquée purement et simplement, sans qu'il soit permis au donataire attaqué dans l'année d'alléguer sa prétendue bonne foi pour retenir les fruits perçus jusqu'à l'attaque, et sans qu'il fût davantage permis à l'héritier, qui n'attaque qu'après l'année, de réclamer les fruits du temps antérieur, sous prétexte de la mauvaise foi du possesseur.

66 *bis*. III. A la différence de l'article 856, qui, pour les choses sujettes à rapport, déclare dus *les fruits et les intérêts*, notre article 928 oblige seulement à restituer les *fruits*. Sous ce nom, sans doute, viendraient, comme tous autres fruits civils, les intérêts produits par une créance objet de la donation sujette à retranchement. Mais il est permis de douter que le donataire d'une somme d'argent soumis à réduction, soit de plein droit tenu à payer les intérêts de la somme qu'il doit rendre. A cet égard, la loi n'ayant parlé que de restitution, il me paraît plus sûr de s'en tenir à la règle générale, qui, pour les dettes de sommes d'argent, ne fait courir les intérêts que du jour de la demande (art. 1153).

67. Du même principe dérivent deux autres conséquences : 1° les immeubles rentrent francs et quittes de dettes ou hypothèques créées par le donataire (V. art. 929);

(1) V. Lebrun, *Successions*, liv. 2, ch. 3, sect. 11, n. 1-6.

2° Les aliénations mêmes sont résolues. Seulement la faveur due aux tiers acquéreurs doit prévaloir sur l'intérêt qu'ont les héritiers à obtenir les biens en nature ; d'où la nécessité de discuter préalablement les biens du donataire qui a aliéné. Il est bien clair, au reste, qu'on ne peut attaquer les tiers acquéreurs que dans le même ordre que les donataires eux-mêmes ; c'est-à-dire que les acquéreurs des biens compris dans les dernières donations sont les premiers attaqués. Il y a plus, les biens restés dans les mains du donataire, devant, comme on l'a dit, être préalablement discutés, il s'ensuit naturellement que la réduction, si elle a lieu contre les tiers, doit frapper d'abord sur l'aliénation la plus récente (V. art. 930).

67 *bis*. I. L'effet de la résolution contre les tiers n'est proclamé ici par les articles 929 et 930 qu'à l'égard des immeubles. Cependant, à la différence du rapport, qui, pour le mobilier, ne se fait qu'en moins prenant (art. 868), la réduction, pour le mobilier comme pour les immeubles, s'opère, en principe, par un retranchement en nature, ce qui pourrait donner lieu à la question de résolution contre les tiers acquéreurs ou créanciers gagistes. Nul doute, au reste, qu'en ce qui concerne les meubles aliénés ou donnés en nantissement, les tiers acquéreurs ou créanciers ne soient, en général, suffisamment protégés par le principe : *en fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279). Mais ce principe, si je l'entends bien, n'a pas d'application au mobilier incorporel, et à l'égard même du mobilier corporel, il ne pourrait être invoqué par le possesseur, qui, en achetant, aurait connu le vice de son titre. Quoi qu'il en soit, je crois, en tirant au besoin argument *a contrario* des articles 929 et 930, que le principe *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis,* ne doit point recevoir d'application aux aliénations ou engagements de biens meubles consentis par le donataire avant la résolution de son titre. J'en donnerai pour raison que le donateur peut être censé, en donnant les meubles, avoir conféré au donataire le pouvoir de les aliéner irrévocablement.

67 *bis*. II. Les immeubles, dit la loi, sont recouvrés sans charge *de dettes ou hypothèques*. A-t-on voulu, en mentionnant distinctement des hypothèques la charge des dettes, indiquer que l'héritier à réserve qui recouvre le bien n'est pas, comme l'adoptant ou

l'ascendant donateur, succédant aux termes des articles 351 et 747, tenu de contribuer aux dettes du donataire? Cela, je crois, n'avait pas besoin d'être dit. Ou bien a-t-on voulu parler des dettes auxquelles le bien pourrait être affecté autrement que par hypothèque, soit à titre d'antichrèse, soit à titre d'assignat, *puta* au cas prévu par l'article 1507, al. dernier? Nul doute, en effet, que les termes de la loi et le principe qui les a dictés ne comprennent cet affranchissement, comme celui des hypothèques. Mais n'a-t-on pas voulu dire quelque chose de plus, et les dettes dont il s'agit ici ne doivent-elles pas s'entendre de toutes les charges réelles, qui sont en réalité des dettes non pas de la personne, mais du bien qui en est grevé? Ce sens, quoique moins littéral que les deux premiers, pourrait cependant être admis, et de cette manière notre article 929 se trouverait en parfaite harmonie avec l'article 865 sur l'effet du rapport en nature. Quoi qu'il en soit, il est certain que les charges réelles, telles qu'usufruit ou servitudes, sont atteintes par la résolution, soit en vertu de l'article 929, soit en vertu de l'article 930. Mais il importe de savoir lequel des deux articles est applicable, pour juger si les tiers à qui compètent les droits réels doivent jouir ou non du tempérament accordé par l'article 930. C'est ce que nous allons tout à l'heure examiner.

67 *bis*. III. La faveur des tiers acquéreurs ne va pas ici, comme en matière de rapport, jusqu'à soustraire entièrement les aliénations à la résolution. Car il importe plus d'assurer aux héritiers l'intégrité de leur réserve que de maintenir entre les copartageants une égalité que la volonté du défunt avait le pouvoir de rompre. Tout ce que fait la loi, c'est de déroger dans l'intérêt des acquéreurs au principe de recouvrement des biens en nature, lorsque le donataire solvable peut fournir par équivalent aux héritiers le complément de leur réserve. Ce léger sacrifice imposé aux héritiers ne saurait entrer en balance avec le préjudice que causerait l'éviction, tant au détenteur lui-même qui serait dépossédé, qu'au donataire son auteur qui lui devrait garantie.

On comprend, au reste, que le bénéfice accordé aux acquéreurs ne le soit pas également aux créanciers hypothécaires; car ceux-ci n'ont intérêt à conserver leur droit que comme moyen d'assurer leur payement. Or le bénéfice dont il s'agit n'aurait pu évidemment le leur conserver que pour le cas de solvabilité du donataire, leur

débiteur, c'est-à-dire précisément pour le cas où ils doivent tenir le moins à le conserver.

Au contraire, le bénéfice dont jouissent les acquéreurs ne serait pas moins précieux aux tiers au profit desquels ont été constitués les droits réels d'usufruit ou de servitude. Cela posé, ne pourrait-on même pas prétendre que les constitutions de droits de ce genre sont comprises dans les termes de l'article 930 sous le nom d'*aliénation*, et argumenter surtout pour cela des termes de l'article 929, qui ne prononce l'affranchissement pur et simple que pour les *dettes* et hypothèques? Quoi qu'il en soit, j'aurais peine à me ranger à cette doctrine; je crois plutôt qu'il faut argumenter ici de l'article 865, qui, en matière de rapport, met sur la même ligne, pour les effacer, toutes les charges réelles, et ne permet pas dès lors de comprendre la constitution d'aucune d'elles sous le nom d'aliénation. (Conf. art. 860 et 865.) Enfin, ce qui me détermine, c'est que la résolution pure et simple est à la fois ce qu'il y a de plus conforme aux principes et de plus favorable aux héritiers à réserve. C'est une raison pour prendre dans le sens le plus restrictif la disposition exorbitante de l'article 930. Ajoutons qu'il serait, à certains égards, plus pénible pour les héritiers reprenant en nature le bien grevé de servitude ou d'usufruit de supporter, moyennant indemnité, ces charges imposées par une volonté étrangère, qu'il ne le serait, si le bien était complétement aliéné, de recevoir le prix au lieu de la chose.

67 *bis*. IV. La discussion préalable des biens du donataire est la condition sous laquelle la loi accorde l'exercice de l'action contre les tiers détenteurs. En principe donc, c'est au demandeur à prouver qu'il a rempli cette condition. On est fondé à en conclure que le défendeur, ici, n'est pas, comme aux cas des articles 2021-2024 et de l'article 2170, tenu d'indiquer les biens et de faire l'avance des frais. Je ne vois pas non plus de raison pour appliquer ici la règle qui prescrit de requérir la discussion sur les premières poursuites. Quant à la question de savoir si le demandeur est obligé de discuter des biens litigieux ou des biens situés à une grande distance, je crois qu'elle pourrait se décider diversement, suivant les circonstances; mais il n'y aurait certainement pas lieu à s'en tenir strictement sur ce point aux termes de l'article 2023.

67 *bis*. V. Du droit qu'ont les tiers détenteurs d'exiger préala-

blement la discussion des biens du donataire, on doit conclure que ces tiers pourraient toujours, à plus forte raison, se préserver de l'éviction, en fournissant eux-mêmes en argent le complément de la réserve. Une fois, en effet, qu'il est admis que la faveur des acquéreurs prévaut sur l'intérêt des héritiers à recouvrer les biens en nature, qu'importe à ceux-ci d'où leur provient la valeur dont ils sont tenus de se contenter?

67 *bis*. VI. La revendication des biens aliénés étant subordonnée à la discussion des autres biens du donataire, il est permis d'en conclure que, en cas d'aliénation, l'action en réduction n'a pour objet direct que la somme à payer par le donataire, et que cette somme, calculée sur la valeur du bien au moment de l'ouverture de la succession (art. 922), demeure invariablement fixée, quelques changements qui soient survenus depuis dans la valeur du bien dont elle tient lieu. Cette règle, d'ailleurs, est en parfaite harmonie avec celle de l'article 860, relative au rapport de l'immeuble aliéné. Il y a seulement cette différence que l'aliénation soustrait à tout événement le bien donné au rapport en nature, tandis qu'ici le droit au retranchement en nature, avec les conséquences qu'il entraîne, relativement aux risques de la chose (1), appartient subsidiairement, mais subsidiairement seulement, aux héritiers.

67 *bis*. VII. Les dispositions de l'article 930, relativement aux tiers détenteurs, s'applique évidemment et aux acquéreurs directs et aux sous-acquéreurs. Il est, au reste, bien entendu que les sous-acquéreurs ne peuvent être attaqués que dans l'ordre dans lequel pourraient l'être les acquéreurs desquels ils tiennent leur droit. Ainsi le sous-acquéreur d'un acquéreur plus ancien ne doit, quelle que soit la date de la sous-acquisition, être attaqué qu'après l'acquéreur moins ancien ou après les sous-acquéreurs de celui-ci. Mais entre les sous-acquéreurs d'un même acquéreur, on devra évidemment observer l'ordre d'ancienneté, comme aussi on ne devra attaquer les sous-acquéreurs qu'autant qu'entre les mains de l'acquéreur primitif, leur auteur, il ne restera pas du bien par lui acquis une portion suffisante pour former le complément de la réserve. Que si, entre les mains de l'acquéreur primitif, il ne reste aucune portion du bien acquis, je n'admets pas que les sous-acquéreurs,

(1) V. ci-dessus n. 61 *bis*. I.

sous prétexte qu'il est leur garant, puissent demander la discussion préalable de ses autres biens; car les héritiers n'ont rien à démêler avec cet acquéreur qui n'est plus détenteur et contre lequel ils n'ont pas, comme contre le donataire son auteur, une action personnelle en réduction. Le seul droit donc des sous-acquéreurs, comme des acquéreurs primitifs, c'est de faire discuter les biens du donataire lui-même.

67 *bis*. VIII. L'action accordée aux héritiers est qualifiée par l'article 930 d'action *en réduction ou revendication*. C'est bien, en effet, une revendication qui, s'il y a lieu à réduction, compète contre les détenteurs, puisque par l'effet de la résolution du titre de leur auteur, celui-ci est censé n'avoir pas été propriétaire. Mais il est à remarquer que la réduction ne s'opérant pas de plein droit, l'action réelle ne peut être intentée par les héritiers qu'à la suite et comme conséquence de l'action en réduction, action essentiellement personnelle, dont la base est dans la convention de résolution tacitement contenue dans la donation. Cette remarque est importante en ce qui concerne l'application de la prescription aux donataires eux-mêmes, qui, ne pouvant contre leur titre prescrire à l'effet d'acquérir (art. 2240), semblent, sauf l'intervention de ce titre, indéfiniment exposés à l'action réelle. (V. à ce sujet art. 2231, 2236, 2238.) Mais il faut dire au contraire que, par application des articles 2257 et 2262, toute action contre eux sera prescrite par trente ans à partir de l'ouverture de la succession; car, après ce délai, les héritiers ne pouvant redevenir propriétaires par l'exercice de l'action personnelle qui est prescrite, ne peuvent par cela même exercer d'action réelle.

67 *bis*. IX. La même prescription qui protégerait les donataires eux-mêmes protégerait, à plus forte raison, les acquéreurs auxquels ils ont transmis leurs droits. Mais ceux-ci ne pourraient-ils pas puiser dans leur propre titre une protection plus efficace, qui consisterait dans la prescription de dix ou vingt ans? On le nie assez généralement, à cause du caractère de personnalité qu'on veut attribuer à l'action, lors même qu'elle est dirigée contre un tiers acquéreur; et l'on croit expliquer tout, en disant que l'action en réduction est une action personnelle *in rem scripta*. C'est là, selon moi, un mauvais emprunt fait à la langue du droit romain; et, dans notre législation, où nous n'avons pas de formules, je ne puis parvenir à

comprendre ce que c'est qu'une action *in rem scripta*. La vérité est qu'il y a deux actions : l'une personnelle, tendant à la résolution du titre; l'autre réelle, basée sur la propriété recouvrée par l'effet de la résolution. Mais l'action personnelle en résolution ne compète pas directement contre le détenteur, qui doit seulement être mis en cause pour que le jugement obtenu ou à obtenir contre son auteur ait force de chose jugée contre lui. Quant à lui, il n'est directement tenu que par l'action réelle, qui ne subsiste plus s'il a acquis par prescription. Or la prescription, pour le possesseur à juste titre, peut s'accomplir par dix ou vingt ans (art. 2265). Vainement dirait-on que cette prescription n'est applicable qu'à celui qui acquiert *a non domino*. Mon principe, au contraire, est que la possession de dix ou vingt ans, fondée sur un juste titre et accompagnée de la bonne foi, est aussi puissante pour faire acquérir l'immutabilité, quand la propriété de l'auteur était commutable, qu'elle l'est pour faire acquérir la propriété quand l'auteur n'était aucunement propriétaire (1). Seulement il est bien entendu que la condition principale de cette prescription, c'est la bonne foi. Or cette condition manquera le plus souvent aux ayant cause des donataires, parce que presque toujours leur titre indiquera comme origine de la propriété la donation, et, par voie de conséquence, la cause possible de résolution.

Mais s'il n'en est pas ainsi, *puta* si l'origine de la propriété n'a point été indiquée dans le titre, ou si elle y a été faussement indiquée, l'acquéreur, à moins qu'on ne lui prouve qu'il a connu cette origine, pourra invoquer la prescription de dix ou vingt ans. Au reste, dans ce cas-là même, j'entends que la prescription ne pourra courir que du jour de l'ouverture de la succession. Car jusque-là les présomptifs héritiers à réserve n'ayant aucun moyen d'agir, il serait trop inique qu'une prescription quelconque pût courir contre eux.

67 *bis*. X. De ce que l'acquéreur qui a connu la donation n'a pas la bonne foi requise pour la prescription de dix ou vingt ans, on pourrait également conclure qu'il n'a pas non plus la bonne foi suffisante pour gagner les fruits, qui, de droit, appartiennent à la

(1) A l'appui de cette doctrine, qui sera développée au titre de la prescription, — V. *Tryphon*. L. 12, § 8, *de captiv. et postl.* D.

succession du jour de son ouverture. (V. art. 928.) Mais cette conséquence, je crois, serait trop rigoureuse, car les conditions de la bonne foi ne me paraissent pas absolument les mêmes pour la simple acquisition des fruits que pour la prescription (1). On admet donc assez généralement qu'à l'égard des fruits, l'acquéreur doit être considéré comme possesseur de bonne foi par cela seul qu'il ignore que la réduction, je ne dis pas peut l'atteindre, mais doit l'atteindre. Ce qui revient à dire qu'il ne sera tenu à les restituer que du jour où l'action aura été intentée contre lui, ou du jour où l'action intentée contre le donataire lui aura été notifiée. Ici donc ne s'appliquera pas la distinction établie par l'article 928; et en effet cet article, dans ses termes, ne comprend que le *donataire* lui-même.

CHAPITRE IV.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION I.

De la forme des donations entre-vifs.

68. Il faut entendre par *forme* de la donation, non-seulement la forme extérieure dont elle doit être revêtue, mais encore la forme intrinsèque qui comprend tout ce qui est nécessaire pour la faire exister.

69. Les formes et les conditions de la donation entre-vifs, empruntées pour la plupart à l'ordonnance de 1731, tendent principalement à assurer le dépouillement actuel et irrévocable du donateur. Ce dépouillement est le caractère propre, la condition essentielle de la donation entre-vifs. Si, au contraire, le donateur, se préférant lui-même au donataire, préfère seulement celui-ci à ses héritiers, il doit employer les formes, à certains égards plus rigoureuses, que la loi prescrit pour les testaments.

(1) V. à ce sujet t. 2, n. 385 *bis*. IV.

70. Cela posé, la première condition requise pour la validité, et non pas seulement pour l'authenticité de l'acte de donation, c'est qu'il soit passé devant notaire, et qu'il en reste minute. (V. art. 931.)

70 *bis*. I. L'article 931 règle la forme substantielle de *l'acte portant donation*. Quant à la nécessité d'un pareil acte pour constituer une donation, elle n'est point écrite ici, et bien qu'elle paraisse d'abord résulter de la combinaison de notre article avec l'article 893, nous avons constaté plus haut, en expliquant ce dernier article, que la règle est soumise à de nombreuses exceptions ou modifications, et qu'un grand nombre de libéralités entre-vifs, soumises comme telles aux règles de fond (capacité, disponibilité, causes de révocation), ne sont pas soumises à la condition de forme consistant dans un acte formel *portant donation* (1).

70 *bis*. II. Mais quand la donation doit être faite par un acte formel, et c'est là certainement la règle générale, il faut que l'acte soit fait dans la forme ici prescrite, à peine de nullité, non-seulement de l'acte (*instrumentum*), mais de la donation elle-même, qui, fût-elle avouée, ne peut, comme un contrat ordinaire, subsister indépendamment de cet acte.

La nullité est radicale, au moins à l'égard du donateur, qui ne peut, par aucun acte confirmatif, réparer le vice de forme (article 1339); cela exclut en principe et la ratification expresse et la ratification tacite qui résulte en général de l'exécution volontaire. Mais la donation nulle peut être refaite, et puisqu'à l'égard du mobilier corporel on admet la validité des dons manuels, il faut dire que la tradition d'objets de ce genre faite en exécution de la donation nulle, constitue elle-même la nouvelle donation qui, sans confirmer la première, suffira pour assurer à l'avenir les droits du donataire.

70 *bis*. III. L'obligation de passer l'acte devant notaire est une garantie de l'indépendance et de la certitude de la volonté. Celle de garder minute en assure l'irrévocabilité. Le notaire, au reste, doit passer l'acte dans la *forme ordinaire des contrats*, c'est-à-dire dans la forme prescrite pour les actes destinés à prouver les contrats. Ici donc s'appliquent les règles établies par la loi du 25 ven-

(1) V. ci-dessus n. 3 *bis*. I-VI.

tôse an XI sur l'organisation du notariat. (V. ladite loi, art. 8-30, et art. 68.) Seulement il est bien entendu : 1° que l'obligation de garder minute n'admet ici aucune modification (v. à ce sujet d. l. art. 20); 2° que tout ce qui détruirait l'authenticité de l'acte, même signé des parties, ne lui laisserait ici aucune valeur (nonobstant d. l. art. 68 et C. civ., art. 1318). En outre il importe de remarquer qu'en ratifiant indistinctement pour le passé, et en consacrant même pour l'avenir, à l'égard des actes ordinaires, le mode d'application donné par la pratique à la règle qui prescrit le concours de deux notaires ou l'assistance de témoins (v. d. l. art. 9), la loi du 21 mai 1843 a placé dans une catégorie particulière certains actes du nombre desquels est la donation; et qu'à l'égard de ces actes la présence du second notaire ou celle des témoins est spécialement exigée au moment de la lecture de l'acte et de la signature des parties (1).

71. La donation a cela de commun avec les contrats, de n'être parfaite que par le concours de deux volontés. Il faut donc l'acceptation du donataire (art. 894); mais dans cet acte solennel, l'acceptation doit être expresse. Au reste, si le concours des volontés est nécessaire, il n'est pas également indispensable que leur manifestation soit simultanée. En effet, quand une fois le donateur a légalement exprimé l'intention de donner, il est naturellement réputé y persévérer, tant qu'il ne la révoque pas. Si donc, plus tard, le donataire manifeste la volonté d'accepter, le concours s'établit, et la donation reçoit sa perfection. Ainsi l'acceptation peut avoir lieu par acte séparé; mais, 1° cet acte qui complète la donation est assujetti aux mêmes formes; 2° le concours de volontés ne pouvant pas s'établir après la mort du donateur, l'acceptation doit nécessairement intervenir de son vivant.

En outre, pour que le donateur, qui, dans l'ignorance de l'acceptation, aurait disposé de la chose donnée, ne devienne point victime de son erreur, la donation, qui ne produit aucun effet jusqu'à l'acceptation, n'en a pas à l'égard du donateur,

(1) V. ladite loi (IX, B. 1015, n. 10713).

tant que cette acceptation ne lui a pas été dûment notifiée (V. art. 932).

Observons, à ce sujet, que la nécessité de la notification n'empêche pas, selon nous, le contrat d'être parfait, sous cette condition, au moment de l'acceptation. Si donc la notification a été faite utilement, c'est toujours à l'acceptation que doivent remonter tous les effets de la donation. Seulement, le donateur restant, jusqu'à la notification, maître d'anéantir, et à plus forte raison de diminuer, l'effet de la donation, le donataire doit évidemment respecter tous les droits conférés par celui-ci dans l'intervalle de l'acceptation à la notification.

71 *bis*. I. La donation n'a d'effet que par l'acceptation.

L'acceptation doit être faite en termes exprès.

Elle peut avoir lieu séparément par un acte postérieur.

L'acte doit être en due forme et fait du vivant du donateur.

Cet acte doit être notifié au donateur ; et la donation, jusque-là, n'a pas d'effet à son égard.

Toutes ces propositions résultent textuellement de l'article 932, mais, pour en bien apprécier le sens et la portée, il convient de reprendre ici chacun en particulier, et de faire ensuite ressortir de leur combinaison le système du législateur sur la perfection de la donation.

71 *bis*. II. Première proposition : *La donation n'a d'effet que par l'acceptation*. Le concours des deux volontés est nécessaire pour former le lien, c'est la règle commune à tous les contrats, règle évidemment applicable à la donation entre-vifs, qui doit lier et dépouiller le donateur ; aussi la donation, comme tout autre contrat, pourrait-elle être attaquée pour absence ou vice du consentement dans les termes du droit commun. Mais la nécessité d'une acceptation *formelle* est une solennité dont l'absence ou l'imperfection ferait défaillir une condition essentielle de la donation, et constituerait une nullité de forme avec les effets ci-dessus expliqués (1). Cette exigence est une suite du système rigoureux de notre législation en matière de donations. On peut dire au reste, pour justifier jusqu'à un certain point cette exigence, que si la solennité de l'accep-

(1) V. ci-dessus n. 70 *bis*. II.

tation ne tend pas comme celle de l'acte de donation à assurer l'indépendance et la ferme volonté du donateur, elle tend à assurer autant que possible l'honnêteté de la donation. Car celui qui consentirait à profiter en secret d'une donation honteuse, reculerait peut-être devant l'obligation de la déclarer publiquement et expressément.

71 *bis*. III. Deuxième proposition : *L'acceptation doit être faite en termes exprès.*

En exigeant l'acceptation en termes exprès, la loi refuse par là même tout effet à l'acceptation tacite qu'on aurait pu faire résulter, soit du concours du donataire à l'acte, et de sa signature, soit de son entrée en possession des objets donnés. Mais qui dit *termes exprès,* ne dit pas pour cela *termes sacramentels :* pourvu donc que l'acte contienne une déclaration formelle et spéciale de la volonté du donataire, la loi, je crois, est satisfaite, et les tribunaux pourront toujours traduire les termes employés dans le sens d'une acceptation, quand ils exprimeront sans équivoque la volonté de profiter de la donation. C'est là du reste une question qu'il fallait résoudre pour l'honneur des principes, mais qui, dans la pratique, ne devra guère se présenter. Car on ne concevrait guère que le notaire rédacteur de l'acte imaginât de substituer à l'emploi du simple mot *accepter*, une formule quelconque de mots qui, fussent-ils vraiment équivalents, ne seraient peut-être pas jugés tels, et qui, dans tous les cas, exposeraient les parties à contestation.

71 *bis*. III. Il est au surplus bien entendu que la nécessité de l'acceptation en termes exprès, et généralement la solennité de l'acceptation ne s'applique qu'aux donations qui se font solennellement. Quant aux dons manuels, le fait de tradition, ou, en d'autres termes, la mise en possession du donataire, par le donateur, ou de son consentement, constitue à la fois et la donation et l'acceptation. Quant à toutes autres libéralités qui ne sont soumises qu'aux formes ordinaires des conventions (remises de dettes, stipulations au profit d'un tiers, donations contenues dans des actes à titre onéreux), il est clair que l'acceptation doit consister uniquement dans l'adhésion de la volonté du gratifié, de quelque manière qu'elle soit manifestée. (V. à ce sujet, art. 1121).

71 *bis*. IV. Troisième proposition : *L'acceptation peut avoir lieu séparément par un acte postérieur*. Ce qu'il faut, c'est que les deux

volontés concourent. Or, puisqu'il est admis en doctrine que la volonté de donner une fois manifestée dans la forme légale est censée durer tant qu'elle n'est pas révoquée, il est tout simple que l'acceptation du donataire qui vient s'y adjoindre puisse former le contrat et convertir en donation proprement dite ce qui, jusque-là, n'était qu'une pollicitation.

71 *bis*. V. Quatrième proposition : *L'acte doit être en due forme et fait du vivant du donateur.* Quant à la forme de l'acceptation séparée, la loi exprime seulement qu'elle doit être faite par un acte postérieur, que cet acte doit être authentique, et qu'il en doit rester minute. Il est d'ailleurs évident qu'elle entend exiger un acte passé devant notaires et soumis aux mêmes formes que l'acte de donation, sous la même peine de nullité. L'acceptation en effet est un élément essentiel de la donation proprement dite (art. 894), et l'acte postérieur qui intervient n'est à bien dire que le complément du premier. D'après cela je n'hésite point à dire que cet acte est compris dans les termes de la loi qui exige pour les donations la présence du second notaire ou des témoins au moment de la lecture et de la signature. (L. du 21 mai 1843, art. 2.)

71 *bis*. VI. Le contrat ne se formant que par l'acceptation, il est évident que cette acceptation ne peut utilement intervenir après la mort du donateur; car les volontés alors ne peuvent plus concourir. Par la même raison, il faut dire que du vivant même du donateur, l'acceptation ne peut produire d'effet si, au moment où elle intervient, celui-ci se trouvait frappé d'incapacité, soit incapacité de droit, autrement incapacité de transmettre, par l'effet d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle (L. du 31 mai 1854, art. 3), soit simple incapacité de contracter provenant, pour une femme, de son mariage, ou, pour toute personne, d'interdiction légale ou judiciaire. Il est vrai que l'interdiction postérieure du testateur n'empêche pas la transmission de s'opérer en vertu du testament antérieur; mais c'est que là il n'y a pas, comme ici, de contrat à former.

71 *bis*. VII. Maintenant si l'on suppose que le donateur, devenu incapable depuis la donation, a recouvré ensuite la capacité, je crois que l'acceptation pourra alors utilement intervenir; car il me paraîtrait trop rigoureux d'attribuer à l'incapacité du temps intermédiaire l'effet d'anéantir l'expression antérieure de la volonté, et je

ne vois pas pourquoi la volonté légalement exprimée en temps de capacité, ne serait pas censée être encore l'expression de la volonté actuelle de la personne redevenue capable. Ici donc, pas plus qu'en matière de testament, je crois qu'on ne doit avoir aucun égard au temps intermédiaire.

De là même j'arriverais à conclure que l'acceptation faite pendant l'intervalle d'incapacité du donateur pourrait avoir effet si le donateur recouvre sa capacité. Car pourquoi ne dirait-on pas que la volonté d'accepter, légalement manifestée au moment où elle ne pouvait former le contrat, est censée durer encore au moment où cesse l'obstacle, et qu'elle est alors suffisante?

71 *bis*. VIII. Cinquième proposition : *L'acte d'acceptation doit être notifié au donateur, et la donation jusque-là n'a pas d'effet à son égard.* La condition de notification n'était pas prescrite dans l'ancien droit; elle n'existait non plus ni dans le projet de la commission du gouvernement, ni dans celui de la section de législation. Elle a été introduite sur la proposition du tribunat, dans le but de préserver le donateur du risque auquel pourrait l'exposer son ignorance si, se croyant encore maître, il disposait après l'acceptation qui l'avait dépouillé. C'est évidemment à ce point de vue que le législateur s'est attaché, lorsqu'au lieu de dire absolument, comme le tribunat le proposait, que la donation n'aurait d'effet que du jour de la notification, il s'est borné à dire que jusque-là elle n'aura pas d'effet *à l'égard du donateur.* C'était probablement entrer dans la pensée même du tribunat, qui, à l'appui de sa proposition conçue en termes trop absolus, n'avait invoqué que l'intérêt du donateur (1). C'est donc mal à propos que l'on voudrait, avec quelques-uns, voir dans la notification une condition de la formation du contrat; car, s'il en était ainsi, la suspension d'effet serait absolue, et l'on ne s'expliquerait pas la formule relative adoptée à dessein par les rédacteurs de notre article. Vainement dit-on, à l'appui de cette doctrine, que la coexistence des deux volontés ne suffit pas pour en établir le concours s'il n'y a connaissance respective. C'est une pure pétition de principe, et c'est un démenti donné à l'ancienne doctrine, qui certainement considérait la donation comme parfaite, par cela seul qu'elle était formellement acceptée. La vérité

(1) Observ. du tribunat, art. 42 (Fen. t. 12, p. 450).

est que le contrat est formé par le seul fait de l'acceptation ; mais, de même que pour produire effet à l'égard des tiers, la donation d'immeuble a besoin d'être transcrite (v. art. 939-941), de même la notification de l'acceptation est nécessaire pour lui donner effet à l'égard du donateur.

78 *bis*. IX. Maintenant, de ce que l'effet jusqu'à la notification n'est refusé qu'à l'égard du donateur, il faut conclure que, du jour même de l'acceptation, la donation produit en faveur du donataire un effet important ; c'est de lui conférer un droit conditionnel, qui, pourvu que la notification ait lieu en temps utile, rétroagira au jour de l'acceptation. Ainsi, sauf le respect des actes de révocation ou de disposition qu'aurait pu faire le donateur dans l'intervalle, le droit du donataire qui aura rempli la condition de notification datera du moment de son acceptation ; si bien que si, depuis l'acceptation et avant la notification, il avait, par exemple, consenti des hypothèques sur le bien donné, ces hypothèques pourraient immédiatement prendre rang par l'inscription, sans qu'on pût opposer là le principe qui défend d'hypothéquer des biens à venir (conf. art. 2125-2129), comme on serait au contraire fondé à l'opposer si les hypothèques avaient été par lui constituées avant son acceptation.

78 *bis*. X. Si l'acceptation, quoique non encore notifiée, produit en faveur du donataire un droit conditionnel, il en faut conclure que ni la mort du donataire ni son incapacité, survenues avant l'accomplissement de la condition, ne le ferait défaillir (V. art. 1179), et que la condition de notification pourrait être utilement accomplie soit par les héritiers du donataire prédécédé, soit par les représentants légaux du donataire devenu incapable.

71 *bis*. XI. De ce que le contrat est formé au moment de l'acceptation, on pourrait même être tenté de conclure que la mort du donateur, survenue avant la notification, ne priverait pas la donation de son effet conditionnel, et que la condition pourrait encore s'accomplir par la notification faite à ses héritiers avant toute révocation ou aliénation émanée d'eux ou du défunt. Mais comme les termes de la loi parlent de notification au *donateur*, et qu'en cette matière l'espèce d'opposition d'intérêt qui existe entre la personne elle-même et ses héritiers, ne permet guère d'appliquer aux uns ce qui est dit de l'autre, il vaut mieux, je crois, admettre, comme on

le fait au surplus généralement, que la notification ne peut être utilement faite que du vivant du donateur, et que si celui-ci meurt avant la notification, avant, par conséquent, que la donation n'ait produit d'effet à son égard, il transmettra le bien donné à ses héritiers, comme il l'aurait valablement transmis à tout autre par un acte de sa volonté.

Mais je n'assimilerais pas au cas de mort du donateur le cas où il serait seulement frappé d'une incapacité de droit ou de fait; car cette circonstance n'opérant aucune transmission, je ne vois pas pourquoi la notification qui serait faite aux représentants légaux de l'incapable, ne serait pas considérée comme faite à lui-même, et n'assurerait pas pour l'avenir à la donation l'effet qui, jusque-là, lui avait manqué *à son égard*.

71 *bis*. XII. Observons ici, en passant, que la notification n'est pas, comme l'acceptation, une solennité, et que la loi n'en a pas réglé spécialement la forme : s'il importe d'en dresser acte, c'est donc uniquement pour la preuve. Il est clair dès lors que cette preuve, qui pourrait certainement résulter d'une signification par huissier, résulterait également d'un acte authentique ou privé par lequel le donateur reconnaîtrait que le donataire lui a donné connaissance de son acceptation. Bien plus, si le débat sur ce point n'existait qu'entre le donateur et le donataire, il est certain que, sans aucun acte, il suffirait que le fait de la notification fût avoué. Mais s'il y a des tiers intéressés à contester l'effet de la donation *à l'égard du donateur,* il faudrait nécessairement, pour prouver contre ceux-ci, un acte ayant date certaine (art. 1328), et si la donation est d'un bien susceptible d'hypothèque, il faudrait la transcription de cet acte (art. 939).

72. Le même principe qui sert à expliquer la nécessité d'une acceptation expresse, a fait admettre aussi que le donataire capable ne pourrait accepter que par lui-même ou par un fondé de pouvoir spécial (au moins à l'effet d'accepter des donations). Au dernier cas, la procuration, au sort de laquelle est attaché celui de l'acceptation, doit être passée en forme authentique, et la loi veut qu'il en soit annexé une *expédition* à la minute de l'acte qu'elle complète. (V. art. 933.)

72 *bis*. I. Les articles 933-937 relatifs au mode et aux conditions

de l'acceptation à faire par le donataire ou en son nom me paraissent tous appartenir à la *forme* proprement dite, et les règles qu'ils contiennent rentrer, par conséquent, dans les conditions constitutives de la *solennité*, à laquelle est subordonnée la validité de l'acte. Cela est suffisamment indiqué par la place qu'occupent ces articles à la suite de l'article 932 et avant l'article 938, qui, les résumant toutes, proclament ensuite l'effet de la donation *dûment* acceptée. Nous verrons tout à l'heure les conséquences à tirer de là, en ce qui concerne les acceptations faites par des incapables ou en leur nom, hors des termes des articles 934 et 935, mais nous constatons ici celles qui doivent en résulter, pour le cas d'insuffisance ou d'irrégularité du pouvoir en vertu duquel un tiers aurait accepté au nom du donataire capable. Dans les contrats ordinaires, le défaut de pouvoir se couvrirait par la ratification, qui, équivalant au mandat, remonterait au jour de l'acte ratifié. Ici, au contraire, si l'acceptation avait été faite au nom du donataire par une personne se portant fort pour lui, cet acte ne lierait aucunement le donateur; et si le donataire venait à ratifier, c'est la ratification qui constituerait l'acceptation, et c'est seulement à partir du jour où elle serait intervenue, dans les formes établies par l'article 932, que la donation aurait effet. Cela, comme on voit, revient à dire qu'on ne peut utilement se porter fort pour le donataire absent; et telle était aussi la pensée de l'ordonnance de 1731, qui, bien qu'elle paraisse d'abord autoriser un tiers à se porter fort, refuse réellement toute efficacité à son intervention, puisqu'elle ne donne effet à la donation que *du jour* de la ratification *expresse* faite en due forme (1).

Cette explication réduit, comme on voit, à une vaine querelle de mots la dissidence existant entre les auteurs, dont les uns soutiennent et les autres nient, sous l'empire du Code civil, la faculté d'accepter en se portant fort pour le donataire; car ceux qui soutiennent l'affirmative ne donnent, comme l'ordonnance, effet à la donation qu'à partir de la ratification expresse du donateur, ce qui revient à dire que c'est cette ratification seule qui constituera l'acceptation, jusqu'à laquelle le contrat n'était pas formé; et ceux qui soutiennent la négative conviennent que l'intervention inutile du tiers qui s'est porté fort n'empêche point le donataire d'accepter

(1) V. ord. de 1731, art. 5.

ensuite. Ils sont donc vraiment d'accord, comme le sont sur ce point, ainsi que je l'ai démontré, le Code et l'ordonnance (1).

72 *bis*. II. Quant à la procuration, l'ordonnance ne s'expliquait pas, comme a soin de le faire notre Code, sur la nécessité de son authenticité, et, en outre, elle se contentait d'une procuration générale; tandis que notre Code veut un pouvoir spécial, sinon à l'effet d'accepter la donation même dont il s'agit, du moins à l'effet d'accepter toute donation. Cette double prescription est d'ailleurs en parfaite harmonie avec la théorie qui soumet l'acceptation elle-même à la condition d'authenticité, et avec le motif qui fait exiger l'acceptation en termes exprès. En effet, d'une part, l'acceptation du donataire ne serait pas authentiquement constatée, sans l'authenticité de l'acte qui constate que l'acceptation faite en son nom émane de lui; et, d'autre part, une simple procuration générale pourrait laisser du doute sur sa volonté formelle et déterminée d'accepter une donation.

72 *bis*. III. Le pouvoir du tiers qui accepte au nom du donataire étant, comme on le voit, un élément essentiel de la validité de l'acceptation, la loi prescrit avec raison d'annexer à la minute, soit de la donation, si l'acceptation y est contenue, soit de l'acceptation faite séparément, l'acte qui constate ce pouvoir; mais la loi parle d'une *expédition*, ce qui supposerait une procuration passée en minute. Toutefois, je ne crois pas qu'il faille s'attacher à cette induction; car tout ce que la loi exige, c'est que la procuration soit *passée devant notaires*, et les procurations sont précisément du nombre des actes que les notaires peuvent délivrer en brevet (2). On sent d'ailleurs que le but de la loi ne sera que mieux rempli quand, au lieu d'annexer une simple expédition, on annexera l'original en brevet, puisque l'original fera plus de foi encore que la copie. Tout ce qu'on doit conclure de notre article, c'est qu'on satisfait à la loi en annexant une simple expédition, et qu'on fait plus qu'elle n'exige quand on annexe l'original lui-même.

72 *bis*. IV. La loi qui règle avec soin la forme et les conditions de la procuration à l'effet d'accepter, est, au contraire, absolument muette sur la procuration à l'effet de donner. Il est certain pour-

(1) V. pourtant Marcadé (sur l'art. 933 II). L'auteur, sans que je m'en rende bien compte, paraît attacher une grande importance à cette question.

(2) L. du 25 ventôse an XI, art. 20.

tant que le donateur, aussi bien que le donataire, pourrait se faire représenter par un fondé de pouvoirs; car, en l'absence d'une prohibition, cette faculté est de droit commun. Mais, évidemment, les motifs qui ont dicté les exigences de la loi quant à la procuration à l'effet d'accepter, les rendent nécessairement applicables à la procuration à l'effet de donner; et puisque la volonté de donner doit être constatée par un acte authentique dont il reste minute (art. 931), il faut bien, pour l'accomplissement de cette condition, que la procuration soit spéciale et authentique, et qu'elle demeure annexée à la minute de l'acte dont elle constitue l'élément essentiel de validité. Bien plus, quant à la spécialité, je crois que cette condition doit être plus strictement ici appliquée, et qu'on ne devrait pas se contenter d'un pouvoir général de faire des donations; le pouvoir devrait être spécial pour la donation dont il s'agit, indicatif de la personne du donataire et de la chose à donner.

73. Toute personne capable de recevoir n'est pas, par cela même, capable d'accepter une donation.

Ainsi, 1° les bonnes mœurs et l'autorité maritale exigent que la femme mariée ne puisse faire cette acceptation sans le consentement de son mari ou l'autorisation de justice (V. art. 934, et à ce sujet, art. 217 et 219).

73 *bis*. La disposition de l'article 934 est conforme au principe posé par les articles 217 et 219; mais ce n'en est pas, selon moi, l'application pure et simple, pas plus que la règle qui prescrit une acceptation en termes exprès, n'est l'application pure et simple du principe qui exige le consentement pour former le contrat. Il ne faut pas perdre de vue que l'acceptation est un acte solennel, et que dans un acte de ce genre toute contravention à la loi fait défaillir la solennité, et ne peut dès lors laisser à l'acte aucune valeur. Ma pensée est donc que l'acceptation faite par la femme mariée non autorisée ne lie pas le donateur et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer ici les articles 225 et 1125 (1).

J'en dirai autant de l'acceptation qui aurait été faite par un mineur, par un interdit, ou en leur nom, hors des termes de l'article 935. Toutefois, la question sur l'un et l'autre point est fort

(1) V. dans ce sens, C. c. cass., 14 juillet 1856.

controversée, et elle l'était déjà dans l'ancien droit en ce qui concerne les mineurs et les interdits. Si elle ne l'était pas pour les femmes mariées, c'est qu'alors le défaut d'autorisation maritale constituait, même dans les actes ordinaires, une nullité absolue. Mais aujourd'hui, pour les femmes comme pour les mineurs ou les interdits, la nullité relative est le droit commun (art. 1125), et cette règle même est spécialement proclamée pour les femmes mariées par l'article 225, dont l'application est directe pour tous les actes compris dans la disposition de l'article 217. Or, n'est-ce pas une raison pour y comprendre l'acceptation de donation, puisque l'article 934 qui la régit se réfère nommément à l'article 217? Mais telle n'est pas ma pensée, et j'en ai déjà donné la raison; je crois que le renvoi aux articles 217 et 219 veut dire simplement que l'autorisation du mari ou de justice devra intervenir dans l'acte d'acceptation suivant le même mode que pour les actes ordinaires, c'est-à-dire qu'il suffira du concours du mari dans l'acte ou de son consentement par écrit (art. 217), et que s'il y a lieu de suppléer à cette autorisation par celle de justice, on devra procéder comme il est prescrit en l'article 219. Mais tout cela étant prescrit ici pour la validité de l'acte solennel d'acceptation, la conséquence de l'omission de ces formes sera celle qui est exprimée dans l'article 932, c'est-à-dire que le donateur ne sera pas engagé, parce que dans le système tout exceptionnel admis en cette matière par le législateur, l'engagement du donateur est subordonné à une acceptation en bonne forme qui n'existe pas tant que le donataire n'a pas exprimé sa volonté d'une manière irréfragable, tant qu'il ne s'est pas, en quelque sorte, *lié* en cette qualité. Telle était la doctrine de d'Aguesseau, auteur de l'ordonnance qui a servi de type à notre législateur (1). Et c'est faute de s'être bien pénétré de cette doctrine, que Pothier voulait appliquer en cette matière, comme on l'aurait fait en droit romain, le principe qui permet au mineur de faire sa condition meilleure (2), principe consacré chez nous pour les trois classes d'incapables, par les articles 225 et 1125, mais principe général, qui ne doit point prévaloir sur le principe spécial de la matière. Au reste, il n'y a pas plus de rigueur à s'éloi-

(1) V. d'Aguesseau, lettres 190 et 193, où il énonce textuellement que l'autorité du tuteur ou curateur est exigée pour la validité de l'acceptation.

(2) V. Poth. Coutume d'Orléans, introduction au titre 15, n. 31.

gner ici, sous ce rapport, du droit commun, qu'à en rejeter l'application quant à la formation des contrats par le simple consentement (art. 932), et quant à l'effet de la ratification, ordinairement équivalant au mandat, pour valider une opération quelconque faite par un tiers sans pouvoir au nom de celui qui la ratifie ensuite (v. art. 933). J'ajoute, en faveur de la nullité absolue, qu'elle seule peut sanctionner efficacement les règles ici prescrites dans un intérêt de morale publique pour l'acceptation à faire par les incapables ou en leur nom. Car la nullité relative, qui, dans les actes ordinaires, forme une sanction suffisante, serait ici presque illusoire, puisque l'action ne compéterait qu'à ceux qui n'ont point, en général, d'intérêt à l'intenter. Tandis qu'il y aura garantie sérieuse pour l'observation des règles, si leur omission permet au donateur lui-même et surtout à ses héritiers d'attaquer la donation.

74. 2° Pareillement, la donation faite au mineur non émancipé ou à l'interdit, ne peut être valablement acceptée par lui. Elle doit, en général, l'être par son tuteur dûment autorisé (v. art. 463).

Le mineur émancipé peut bien accepter lui-même, mais il doit être assisté de son curateur.

Au surplus, dans la crainte que la négligence ou la mauvaise volonté du tuteur ou curateur ne privât le mineur de l'avantage d'une donation, la loi a permis aux ascendants, en cette seule qualité, d'accepter pour lui. La faveur va même ici jusqu'à donner aux ascendants supérieurs la concurrence avec les père et mère. V. art. 935.

74 *bis*. I. L'article 935 reproduit en partie les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance, mais il en diffère en plusieurs points :

1° En renvoyant à l'article 463, notre article soumet le tuteur du mineur ou de l'interdit à l'autorisation du conseil de famille; tandis que l'article 7 dispensait expressément d'avis de parents toutes les diverses personnes comprises dans sa disposition;

2° Il règle distinctement le mode d'acceptation quant au mineur émancipé, dont l'ordonnance ne s'occupait pas spécialement (1);

(1) D'où, pour mon compte, j'aurais conclu, non pas avec quelques-uns (qui mal à propos, je crois, confondent ici le curateur à l'émancipation avec le curateur à

3° En consacrant à l'égard des mineurs, émancipés ou non, le pouvoir d'accepter, conféré par l'ordonnance aux *père* ou *mère* ou autres ascendants des mineurs ou des interdits, il ne s'explique pas sur ce point à l'égard des interdits. Il est aussi à remarquer qu'en proclamant, comme il le fait, le pouvoir des *père* et *mère*, il est moins explicite dans sa lettre pour constituer le droit individuel de chacun d'eux, que ne l'était l'ordonnance qui employait la disjonctive.

La première différence est incontestable; il faudra seulement chercher à s'en rendre raison : et dès à présent il faut remarquer que l'autorisation du conseil de famille n'est exigée ni pour le mineur émancipé, ni pour les père et mère ou ascendants.

Quant à la seconde différence, ce n'est qu'un fait à constater.

Pour ce qui est de la troisième, nous aurons à examiner plus loin si le Code, en effet, sur ce point, a entendu déroger à l'ordonnance.

74 *bis*. II. C'est évidemment comme pouvant offrir quelque danger pour le mineur, que l'acceptation n'est pas permise au tuteur, son représentant légal, sans l'autorisation du conseil de famille. Mais on semble, au contraire, la considérer comme sans danger, quand on donne le pouvoir de la faire aux père et mère et autres ascendants, qui ne pourraient, à ce seul titre, faire ainsi au nom de leur enfant ou descendant aucun autre acte. Réelle ou seulement apparente, cette sorte de contradiction de vues n'existait pas dans l'ordonnance, qui, comme on l'a dit, repoussait formellement pour tous les cas la nécessité d'un avis de parents. Au reste, on ne la trouvera pas non plus dans le Code, si l'on veut ne voir dans l'autorisation à obtenir par le tuteur, qu'une garantie morale de la convenance et de l'honnêteté de la donation. Sur ce point, en effet, on comprend qu'on ne s'en rapporte point au tuteur seul, ou qu'on s'en rapporte, au contraire, pleinement à un ascendant.

Maintenant on peut se demander si c'est seulement à ce point de vue moral que le mineur a besoin d'être protégé dans l'acte dont il s'agit; si l'acceptation ne pourrait pas, à raison des

l'interdiction), que le curateur de l'émancipé aurait pu accepter pour lui; mais que l'émancipé aurait pu au contraire accepter lui-même sans assistance.

charges qui accompagneraient la donation, compromettre ses intérêts pécuniaires, et si ce n'est pas aussi contre ce danger que l'intervention exigée du conseil de famille tend à le prémunir. C'est bien, en effet, ce que semble supposer l'article 463, quand après avoir prescrit l'autorisation du conseil de famille, il ajoute dans le paragraphe final que la donation *aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur*. Cette disposition serait sans objet si elle ne tendait à refuser au mineur la restitution pour lésion; or, refuser la restitution pour lésion, c'est supposer que le fait de lésion est possible, supposition inadmissible si l'acte n'était de nature à obliger le donataire.

Quoi qu'il en soit, il est certain que le pouvoir conféré par notre article 935 aux père et mère et autres ascendants, repose sur la supposition contraire. C'est sous ce rapport que les deux articles paraissent offrir entre eux une véritable contradiction. Au reste, j'établirai plus tard (1) que la base sur laquelle repose notre article 935 est la plus exacte en principe, et que la nature de la donation, lors même qu'elle est accompagnée de charges, n'est pas d'obliger le donataire à les accomplir, mais seulement de subordonner à leur accomplissement le maintien de la donation (V. article 953). Toutefois, il peut en être autrement, si la volonté des parties a été contraire; auquel cas la donation ne cessera pas absolument d'être telle, si les charges imposées n'égalent pas l'émolument; mais elle sera mélangée de vente ou autre contrat à titre onéreux; c'est à cette hypothèse, qui souvent, j'en conviens, se présentera dans la pratique, que se référera l'utilité de la disposition finale de l'article 463.

Cela posé, j'entends que la disposition qui attribue aux père et mère et autres ascendants le pouvoir d'accepter, n'aura d'application qu'aux donations proprement dites, qui ne doivent point engager le mineur; car aucune loi ne leur donne pouvoir de contracter pour lui à titre onéreux. Si donc le donateur n'entend effectivement donner qu'à la condition que le donataire sera *obligé* à l'accomplissement des charges, il pourra contester l'effet de l'acceptation faite par les ascendants, et il n'y aura alors moyen d'atteindre le but proposé que par une acceptation faite dans les termes de l'article 463.

(1) V. ci-dessous n. 96 *bis*. I.

On le voit, c'est bien mal à propos que quelques-uns veulent étendre la disposition finale de cet article à toute acceptation régulièrement faite dans les termes de l'article 935.

74 *bis*. III. *La donation* DEVRA *être acceptée par le tuteur conformément à l'article* 463. Peut-être l'emploi du mot *devra* exprime-t-il seulement l'obligation pour le tuteur de se conformer à l'article 463, c'est-à-dire de n'agir qu'avec autorisation du conseil de famille. Toutefois, on en tire assez généralement une autre conséquence, à savoir que le tuteur, pourvu bien entendu que le conseil de famille l'y autorise, est tenu d'accepter la donation, et partant responsable du préjudice résultant du défaut d'acceptation. Au reste, que tel soit ou non le sens du mot employé, la proposition restera toujours incontestable; car le tuteur chargé de protéger le mineur dans tous ses intérêts, est responsable de tout préjudice provenant de sa faute, soit par omission, soit par action. (V. au surplus art. 942.)

Le même principe amènerait la même conséquence contre le père administrateur pendant le mariage (art. 389), quoiqu'il ne soit pas nommément compris dans les termes de notre article. J'appliquerais même ce principe contre le curateur du mineur émancipé, qui, en lui refusant mal à propos son assistance, lui aurait fait manquer une donation avantageuse. *Secus*, si son assistance n'ayant pas été requise par le mineur, il a seulement négligé de l'offrir.

Quant aux père et mère et autres ascendants non tuteurs auxquels ne sont point confiés les intérêts pécuniaires du mineur, ils ne pourraient être responsables pour n'avoir point usé du pouvoir qui leur est ici conféré sans aucune obligation d'en user.

On ne pourrait non plus, du moins en principe, rendre responsables du refus d'autorisation fait par le conseil de famille, les parents composant cette assemblée. Sauf, bien entendu, les cas de malice ou faute lourde, qui pourraient donner lieu à l'application de l'article 1382.

74 *bis*. IV. Le pouvoir, et conséquemment le devoir du tuteur, passeraient, je crois, au subrogé-tuteur, si la donation était faite par le tuteur lui-même; car, selon moi, le subrogé-tuteur est un tuteur *ad hoc*, nommé à l'avance pour tous les actes dans lesquels les intérêts du tuteur et ceux des mineurs seront en opposition. Or, je trouve ce

caractère dans l'acte de donation qui a pour objet d'engager et dépouiller l'un et d'enrichir l'autre.

On pourrait prétendre aussi que le rôle de tuteur appartiendrait au curateur au ventre pour l'acceptation d'une donation faite à l'enfant dans le sein de sa mère; mais cela ne me paraît pas sûr, car nulle part la loi ne confère au curateur au ventre le titre et les pouvoirs de tuteur. Je crois bien que la force des choses l'autorise à faire au nom de l'enfant les actes d'urgence; mais ici il n'y a pas urgence, puisque l'acceptation pouvant être utilement faite par les père et mère ou autres ascendants, il y aura toujours au moins la mère pour remplir ici cet office.

74 *bis*. V. Le pouvoir accordé aux père et mère ou autres ascendants l'est, il n'en faut pas douter, à chacun d'eux individuellement et sans distinction de sexe. Vainement argumenterait-on de l'expression *père* ET *mère* substituée à celle de *père* OU *mère* qu'employait l'ordonnance, pour exiger l'action commune du père et de la mère. L'argument prouverait trop, car il ne placerait pas seulement l'action de la mère sous la dépendance du père, il mettrait aussi celle du père sous la dépendance de la mère, ce qui ne se justifierait à aucun point de vue. Il faut dire purement et simplement qu'ici, comme dans bien d'autres cas, la conjonctive est employée pour la disjonctive. Ainsi, de même que le pouvoir appartient aux ascendants, même du vivant des père et mère, j'entends avec tous, qu'il appartient à la mère même du vivant du père.

Ajoutons que pour user efficacement de ce pouvoir que la loi leur confère, les femmes mariées n'ont pas plus besoin de l'autorisation du mari ou de justice, qu'elles n'en auraient besoin pour agir en vertu d'un mandat. (V. art. 1990.)

74 *bis*. VI. Le droit pour les ascendants d'accepter, *même du vivant des père et mère*, emporte celui d'en agir ainsi non-seulement à leur insu, mais malgré eux. Ce point ne peut être sérieusement contesté en présence de la discussion au conseil d'État, où l'on a bien nettement exprimé la pensée que la donation refusée par le père pût être acceptée par l'aïeul (1). Cela, au surplus, n'est

(1) Ce système, combattu par Berlier et Treilhard, est énergiquement défendu par Tronchet, Cambacérès et Bigot de Préameneu, qui font adopter dans ce sens l'article en discussion. — V. Cons. d'État, séance du 12 ventôse an XII (Fenet, t. 12, p. 356-358).

pas en opposition directe avec la théorie de la loi sur la puissance paternelle, puissance concentrée, en principe, dans la personne du père et de la mère (V. art. 372); puissance dont l'exercice, pendant le mariage, appartient au mari seul (V. art. 373); puissance enfin dont quelques attributs sont bien dévolus aux autres ascendants, mais seulement à défaut des père et mère (V. art. 150 et suiv., 173.) Tout, à cet égard, s'explique en disant que le droit dont il s'agit ici n'a pas sa base dans la puissance paternelle; il repose uniquement sur la confiance qu'inspire le titre d'ascendant, et sur le besoin d'assurer aussitôt que possible au mineur le profit de la donation.

Toutefois il y aurait échec à la puissance paternelle si le parent qui l'exerce et qui à ce titre est constitué le gardien des mœurs et de l'honneur de l'enfant, n'avait aucun moyen de faire prévaloir le refus d'acceptation que lui commande son affection éclairée, sur la faiblesse peut-être inintelligente d'un autre ascendant qui, séduit par les avantages de la donation, n'en aperçoit pas le danger et veut, en conséquence, user du pouvoir que lui confère ici la loi. Mais ce n'est pas une raison pour empêcher celui-ci d'user de ce pouvoir; il suffit de réserver au père ou à la mère le droit d'attaquer et de faire annuler, s'il y a lieu, l'acceptation. Ainsi le mineur profitera de la diligence de l'ascendant, qui engagera immédiatement le donateur par son acceptation si elle doit subsister, sans préjudice du droit réservé aux tribunaux d'en prononcer l'annulation sur la demande du père ou de la mère, quand cette demande leur paraitra fondée.

74 *bis*. VII. Le pouvoir des père et mère et autres ascendants n'est proclamé ici qu'à l'égard des mineurs; l'ordonnance l'appliquait également aux interdits, et je ne vois pas en effet de bonne raison pour le législateur de refuser à l'une plus qu'à l'autre classe d'incapables ce moyen de protection. Toutefois, comme la loi, dans le premier paragraphe de notre article, parle nommément des interdits, leur omission dans le troisième paragraphe permet au moins de douter sur l'application à leur faire d'une mesure favorable sans doute, mais cependant exorbitante. Ajoutons que l'art. 509 ne suffit pas pour lever ce doute, car l'assimilation qu'il prononce n'est pas une règle sans exception; elle tend principalement à faire appliquer aux interdits les lois sur la tutelle des mineurs. Or, il ne s'agit pas ici d'une loi sur la tutelle.

74 *bis*. VIII. On enseigne assez généralement que, sous le nom de père et mère, la loi comprend ici même les père et mère naturels. Si l'on admet cette doctrine, je ne vois pas pourquoi on ne comprendrait pas également sous le nom d'*ascendants* les aïeux naturels, c'est-à-dire les père et mère naturels du père ou de la mère légitime du mineur. (V. à ce sujet art. 759.) Quant aux parents légitimes ou naturels des père et mère naturels, il n'en peut être question, et tous s'accordent en effet à les repousser, parce que la loi ne reconnaît aucun lien entre eux et les enfants naturels de leurs fils ou filles.

Pour moi, j'ai peine à croire que notre article puisse être appliqué à aucun parent naturel : ma doctrine est toujours que les effets légaux attachés à un titre de famille ne peuvent s'étendre aux titres de parenté naturelle, si la loi elle-même ne leur en a fait l'application (1) ; et je m'en tiendrais ici d'autant plus strictement à cette règle, qu'il s'agit d'un pouvoir basé principalement sur la confiance qu'inspire, au point de vue moral, la qualité de l'ascendant constitué ainsi juge de la convenance et de l'honnêteté de la donation. Or, je dois le dire, le titre de père et mère naturels ne m'inspire pas cette confiance sans connaissance de cause.

75. 3° Le sourd-muet qui sait écrire ne peut être mis au rang des incapables. Mais celui qui ne le sait pas, ne pouvant manifester clairement sa volonté, doit être représenté par un curateur *ad hoc* nommé par le conseil de famille. V. art. 936.

75 *bis*. En bornant à celui qui sait écrire la faculté, pour le sourd-muet, d'accepter par lui-même ou par un fondé de pouvoir, la loi donne assez à entendre que ni pour l'acceptation, ni pour la procuration à l'effet d'accepter, elle ne se contenterait de la manifestation de la volonté par signes. C'est la conséquence naturelle du principe qui exige une acceptation en termes exprès ; mais de là je ne voudrais pas conclure absolument que, pour tout autre acte, le sourd-muet qui ne sait pas écrire fût frappé de la même incapacité. Cela serait d'autant plus grave que, hors les deux cas prévus par notre article et par l'article 979, aucun système n'est légalement

(1) V. t. 3, n. 85 *bis*. III et ci-dessus n. 51 *bis*.

organisé pour l'assistance et la représentation des sourds-muets. Ma pensée est au contraire que, quand il s'agit uniquement d'une question de consentement, la preuve de ce consentement peut résulter de toute espèce de document, et qu'un officier public qui, d'une manière quelconque, se trouverait suffisamment édifié sur le fait du consentement, pourrait le constater authentiquement par acte. J'entends bien, au surplus, que les officiers publics ne doivent user qu'avec grande réserve du pouvoir que je leur reconnais ici, et que, le plus souvent, il sera prudent à eux de faire préalablement déterminer par justice le moyen propre à manifester la volonté qu'ils sont appelés à constater.

76. 4° Les personnes morales ne pouvant agir que par leurs représentants légaux, c'est à ceux-ci qu'appartient le droit d'accepter; mais l'effet des libéralités faites à ces personnes étant, comme on l'a vu, subordonné à l'autorisation du chef de l'État, la solennité de l'acte exige ici que l'autorisation soit préalable. V. art. 937.

76 *bis*. La nécessité de l'autorisation préalable offre un grave inconvénient pour les établissements qui y sont soumis, à cause des lenteurs qu'entraîne nécessairement l'accomplissement de cette condition; car, en attendant, le donateur qui n'est point engagé peut changer de volonté. Il a été pourvu à ce danger pour les communes par la loi du 18 juillet 1837, et pour les hospices et hôpitaux par celle du 8 avril 1851. Ces lois, en effet, autorisent le maire, en vertu de la délibération du conseil municipal, et le président de la commission administrative, en vertu d'une délibération de cette commission, à faire une acceptation à titre conservatoire, du jour de laquelle acceptation aura son effet le décret ou arrêté ultérieur d'autorisation qui interviendra (1). C'est là sans doute une dérogation au principe rigoureux de la solennité, qui n'admet point en général de provisoire dans son accomplissement; et, toutefois, il est bien à remarquer que ce principe est respecté, en ce sens que l'acceptation conservatoire n'intervient qu'en vertu d'une délibération des représentants

(1) V. Loi du 18 juillet 1837 (IX, B. 521, n. 6946), art. 48, et loi du 8 avril 1851 (X, B. 431, n. 313), art. 11.

légaux de l'établissement, qui ont dû préalablement vérifier la convenance et l'utilité de l'acceptation, sans préjudice des considérations d'ordre public ou d'intérêt des familles qui pourront ensuite déterminer l'autorité supérieure à refuser l'autorisation, comme l'intervention du chef de famille peut, ainsi qu'on l'a dit, faire annuler l'acceptation régulièrement faite au nom d'un mineur par son ascendant. Quoi qu'il en soit, il serait, selon moi, désirable que la faveur ainsi accordée aux communes et aux hospices ou hôpitaux, fût étendue à tous les établissements publics ou religieux dûment autorisés; mais il faudrait pour cela une loi dérogeant à notre article 937.

77. Quand la donation est faite et acceptée dans les formes prescrites, le contrat est parfait, et dès ce moment, le donateur est personnellement obligé à la délivrance. Bien plus, suivant le principe général introduit par le Code civil (art. 711 et 1138), la propriété de la chose donnée est transférée sans tradition. V. art. 938.

77 *bis*. L'article 938 contient deux propositions distinctes : 1° Perfection de la donation par le *seul consentement*, c'est-à-dire ici par l'expression dans la forme légale de la volonté de donner et de celle d'accepter;

2° Translation immédiate de la propriété, sans *autre* tradition.

La première proposition, conforme au droit de Justinien (1) et même au droit romain antérieur, quand la promesse faite *animo donandi* avait eu lieu par stipulation, était admise sans difficulté dans les pays de droit écrit, elle l'était aussi par quelques coutumes, qui reconnaissaient au donataire le droit d'exiger la tradition soit du donateur lui-même, soit de ses héritiers. Ajoutons que l'ordonnance de 1731 ne contenait rien de contraire à cette doctrine; mais un grand nombre de coutumes, et notamment celle de Paris (2), exigeaient comme conséquence de la règle *donner et retenir ne vaut*, que la tradition fût faite du vivant du donateur, faute de quoi elles ne permettaient pas de faire valoir la donation contre ses héritiers. Quelques-unes même allaient plus loin et ne considéraient pas le

(1) *Justinien*, L. 35, *Cod. de Donat.*; § 2, Inst. *eod.*

(2) V. Cout. de Paris, art. 274, *in fine*.

donateur lui-même comme engagé, tant que la tradition n'était pas faite (1). Notre article fait cesser toutes ces divergences.

Quant à la seconde proposition, qui ne fait qu'appliquer au cas particulier la règle générale consacrée par les articles 711 et 1138, elle déroge au principe universellement admis dans l'ancien droit sur la nécessité de la tradition pour la translation de la propriété. Seulement il est bien à remarquer que dans l'ancien droit, sauf les règles et usages particuliers des pays dits de *nantissement,* la tradition pouvait s'opérer dans le contrat même qui donnait naissance à l'obligation ; il suffisait pour cela d'y insérer soit une constitution de précaire, soit une simple clause de *dessaisine-saisine*. Notre législateur, ami de la simplicité, a vu dans le contrat lui-même une expression suffisante de la volonté d'aliéner immédiatement, et dispense ainsi de recourir à ces clauses, qui, en réalité, n'étaient qu'un abandon déguisé du principe de la tradition comme condition de l'aliénation. On peut, si l'on veut ainsi traduire sa pensée, dire qu'il les y sous-entend toujours; c'est en effet ce qu'il semble exprimer dans l'article 1138, quand il déclare l'obligation de livrer *parfaite,* c'est-à-dire accomplie, par le seul consentement, et quand il dit ici que la propriété est transférée sans qu'il soit besoin d'*autre* tradition.

78. Le principe ci-dessus s'applique aux biens meubles et immeubles, sauf, pour les meubles, la modification contenue en l'article 1141.

Quant aux immeubles, au moins pour ceux qui sont susceptibles d'hypothèques, la translation de propriété ne produit tous les effets dont elle est susceptible qu'autant qu'elle est rendue publique par la transcription, au bureau des hypothèques, de tous les actes qui constituent le dépouillement irrévocable du donateur; c'est assez dire qu'il faut transcrire, s'il y a lieu, la donation, l'acceptation et la notification. V. art. 939.

79. La publicité de la donation importe à tous ceux qui ont intérêt à connaître l'état véritable de la fortune du donateur; et dans cette classe, il faut ranger ses créanciers, ses

(1) V. Merl., Rép. v° *Donation,* sect. 5, § 1, art. 2.

héritiers et ayant cause Un mode spécial de publicité pouvait paraître ici d'autant plus nécessaire, que, par le moyen des réserves d'usufruit, l'existence de la donation sera souvent dissimulée pendant toute la vie du donateur. Tel était, dans le système de l'ordonnance de 1731, l'objet de l'insinuation, qui consistait dans la transcription de l'acte de donation sur un registre public tenu dans les greffes des tribunaux. Cette insinuation n'était pas, comme en droit romain, une forme intrinsèque requise pour la perfection de la donation; mais c'était une formalité extrinsèque, en l'absence de laquelle les effets de la donation, d'ailleurs parfaite, se trouvaient concentrés entre le donateur et le donataire ou ses ayant cause. Du reste, l'insinuation était, en général, et sauf quelques exceptions, exigée pour toute donation mobilière ou immobilière.

80. La nécessité de l'insinuation a subsisté jusqu'à la publication du Code civil. Mais depuis l'introduction du régime hypothécaire de l'an VII, les aliénations quelconques de biens susceptibles d'hypothèque ayant été soumises à une formalité nouvelle. la transcription sur les registres du conservateur, cette formalité se trouva, pour les biens qu'elle concernait, faire double emploi avec l'insinuation au greffe. Ce fut par ce motif que notre législateur, en consacrant spécialement pour les donations la règle de la transcription, fit disparaître celle de l'insinuation (1). Ce qui, du reste, a eu pour effet d'affranchir, pour l'avenir, de toute condition spéciale de publicité les donations de biens non susceptibles d'hypothèque.

80 *bis*. I. De là peut-être on est fondé à conclure :

1° Que la loi n'entend assujettir les donations à la transcription qu'en tant qu'elles rentrent dans la catégorie des actes que la loi du 11 brumaire an VII y soumettait (v. ladite loi, art. 26, al. 1);

2° Qu'elle n'entend attribuer, au défaut de transcription, d'autre

(1) V. Procès-verbal de la discussion au conseil d'État, séance du 12 ventôse an XI (Fenet, tom. 12, p. 359).

conséquence que l'effet attaché par la même loi à l'omission de cette formalité. (V. ladite loi, art. 26, al. 2.)

L'un et l'autre point, cependant, me paraissent mériter examen. Pour le second, particulièrement, nous aurons à voir sur l'article 941 s'il est, en effet, conciliable avec les termes de cet article. Mais le premier, lui-même, est sujet à controverse, car la formule de l'article 939 n'est pas absolument la même que celle de l'article 26 de la loi de l'an VII, et l'on pourrait bien voir une donation *de biens susceptibles d'hypothèque* là où il n'y aurait pas précisément *acte translatif de biens ou droits susceptibles d'hypothèque*. C'est ce que nous allons tout à l'heure examiner.

Mais, préalablement, il importe de constater que la nécessité de la transcription pour les donations que l'article 939 y soumet, n'est pas, dans la pensée du législateur, subordonnée au maintien du système de la loi de brumaire sur les aliénations et le régime hypothécaire. Ainsi, quoique ce système sur lequel on n'avait pas encore pris parti, lors de la confection du titre des donations, ait été depuis abandonné; quoique le législateur, tout en conservant à la transcription des effets importants (v. art. 2108, 2180, 2181, 2198; C. pr. 834), ait certainement repoussé le principe général qui déclarait non opposables aux tiers les actes non transcrits (v. article 2182 et C. pr., art. 834), il n'a pas voulu pour cela affranchir les donations de la règle spéciale de publicité a laquelle elles sont ici soumises. Il a été, au contraire, bien expliqué dans la discussion qu'en substituant la transcription à l'insinuation, on n'entendait rien préjuger sur le système hypothécaire, et que si la transcription cessait d'entrer comme élément dans le régime qu'on adopterait, on pourrait créer des bureaux d'insinuation (1). Maintenant le cas prévu ne s'étant pas réalisé, et la transcription étant demeurée en usage, quoique dans un but différent, elle est restée applicable aux donations conformément à l'article 939 et toujours, bien entendu, sous la sanction exprimée dans l'article 941.

80 *bis*. II. La transcription, comme on l'a dit, n'est prescrite que pour *les donations de biens susceptibles d'hypothèque*. Mais, est-ce à dire qu'elle ne le soit pas, quand on constitue à titre gratuit sur un bien *de cette nature* un droit qui, tel qu'un usage ou

(1) V. Treilhard répondant à Tronchet, proc.-verb. du 12 ventôse an XI (Fen., t. 12, p. 360).

une servitude, n'est pas en lui-même susceptible d'être hypothéqué. N'y a-t-il pas, au contraire, donation de bien susceptible d'hypothèque, par cela seul qu'un bien *de cette nature* est grevé à titre gratuit d'une charge réelle qui en diminue la valeur? La loi de brumaire, il est vrai, n'aurait pas pu être entendue en ce sens, car en prescrivant spécialement la transcription des actes translatifs (*intellige* ou constitutifs) de *droits susceptibles d'hypothèques*, elle excluait par là même les actes constitutifs de droits qui n'en sont pas susceptibles. C'était là, du reste, une lacune dans son système de publicité des aliénations; et c'est ce qu'a jugé le législateur de 1855, qui, revenant à ce système de publicité, a eu soin de le compléter en soumettant également à la transcription et les actes translatifs de droits susceptibles d'hypothèque (L. 23 mars 1855, art. 1), et les actes constitutifs d'antichrèse, de servitude d'usage et d'habitation (art. 2). Quoi qu'il en soit, ma pensée est que la constitution de droits de ce genre, quoique non soumise à la transcription par la loi de brumaire, y est assujettie par l'article 939 quand la constitution est à titre gratuit; car cette constitution est véritablement une donation qui a pour objet le bien susceptible d'hypothèque, puisque ce bien est diminué dans sa valeur et dans l'étendue du droit de propriété, par la création de la charge réelle au profit du donataire. Cette question, au surplus, semblerait n'offrir plus d'intérêt pour l'avenir, puisque la constitution des droits dont il s'agit, en supposant même qu'elle ne fût pas soumise à la transcription par le Code civil, y serait toujours assujettie par l'article 2 de la loi nouvelle. Mais comme il n'est nullement certain que le Code civil n'ait pas attaché au défaut de transcription des donations qu'il y soumet, des conséquences plus graves que celles qui sont attachées, en général, par la loi de 1855, à l'omission de cette formalité; comme c'est là une question que le législateur lui-même a voulu laisser entière (v. lad. loi, art. 11, al. dernier), il importe toujours de reconnaître, comme je le fais, que cette transcription est exigée, indépendamment de la loi nouvelle, par l'article 939 du Code civil.

80 *bis*. III. Toutefois je n'entends pas dire absolument, avec quelques-uns, que l'article 939 soumet à la transcription toute donation d'immeuble. Il est évident, en effet, que la formule de la loi ne saurait comprendre la donation d'une action personnelle

immobilière. *Secus*, si la donation est d'une action réelle, car c'est alors l'immeuble, objet de l'action, qui est vraiment donné.

81. Il importe, pour assurer l'effet de la donation, que la formalité de la transcription, dans les cas où elle est exigée, ne soit pas omise; lors donc que la donation est faite à une personne dont la loi confie les intérêts à d'autres, les mandataires légaux sont obligés, sous leur responsabilité, de faire faire la transcription. Cette obligation s'applique aux maris, tuteurs, curateurs ou administrateurs. En outre, comme la transcription ne tend qu'à consolider une acquisition déjà faite, la loi permet à la femme mariée d'y faire procéder sans autorisation. V. art. 940.

81 *bis*. I. Évidemment il n'y a jamais lieu de confondre le *devoir*, dont l'omission entraîne, en principe, responsabilité, et le simple pouvoir. C'est le devoir de faire procéder à la transcription que la loi semble imposer ici indistinctement au mari et aux tuteurs, curateurs et administrateurs, quand elle dit que *la transcription sera faite à leur diligence*. Cependant, je ne pense pas que ce devoir existe pour le mari en cas de séparation de biens ou en cas de régime dotal, si le bien donné est paraphernal; car on ne peut imputer l'omission d'un acte conservatoire à celui qui n'a point l'administration. Mais si le mari est administrateur, j'entends que son obligation à cet égard s'appliquerait à la donation acceptée par la femme autorisée de justice, tout aussi bien que s'il avait lui-même donné l'autorisation. J'en dirais autant d'un tuteur ou d'un père administrateur, si, même malgré eux, la donation a été acceptée par un ascendant. La même responsabilité incombe au curateur du mineur émancipé, qui pourtant n'est point administrateur. Mais l'acte conservatoire dont il s'agit entre, d'après notre article, dans son ministère, comme y entre, aux termes de l'article 482, le soin de surveiller l'emploi d'un capital reçu; peu importerait, du reste, que l'acceptation ait été faite avec son assistance ou qu'elle l'eût été par un ascendant.

Le curateur dont parle ici la loi est le curateur à l'émancipation, mais il faut évidemment comprendre dans sa disposition le curateur *ad hoc* chargé d'accepter pour le sourd-muet (art. 836). Car je

considère la transcription comme un complément nécessaire de l'acceptation, dont elle tend à assurer l'effet. Par ce motif, je crois aussi qu'un ascendant, quoique libre d'user ou non du pouvoir d'accepter, doit, s'il en use, faire transcrire; car lorsqu'on accepte un pouvoir, on est censé en général se charger de faire utilement l'affaire, ce qui comprend ses dépendances (v. art. 1984, 1991), et nous voyons que cette obligation incombe même au simple gérant d'affaires (v. art. 1372).

81 *bis*. II. Quant au simple pouvoir, il semblerait d'abord qu'il n'y a pas lieu de s'en occuper. Car ce pouvoir existe de fait pour toute personne, s'il est vrai qu'un tiers porteur de l'acte à transcrire soit toujours admis à se présenter à cet effet au bureau du conservateur, sans avoir besoin de justifier d'aucune qualité. (V. à ce sujet art. 2148, *junge* art. 2199.) Mais cela n'est nullement concluant, car ce pouvoir de fait attribué au porteur de l'acte, n'emporte pas le droit de se procurer l'acte à cette fin. Tandis que celui à qui compète le pouvoir de droit, est fondé par là même à faire toutes les démarches nécessaires pour son exercice.

Cela posé, il faut, je crois, reconnaître que le pouvoir de droit appartient d'abord aux incapables eux-mêmes, dans l'intérêt desquels d'autres étaient chargés de cette mission. La loi, il est vrai, ne s'explique sur ce point que pour la femme mariée; mais pour tous il y a même raison; c'est qu'il vaut mieux, en effet, éviter le mal que d'avoir à en demander la réparation, et qu'une incapacité purement protectrice ne saurait enlever la faculté de se préserver soi-même d'un mal. On peut, du reste, argumenter ici *à pari* de l'article 2139, qui réserve textuellement aux mineurs, comme à la femme, le droit de requérir l'inscription de l'hypothèque légale; et je ne vois même pas pourquoi on n'étendrait pas ici le pouvoir de faire transcrire à toutes les personnes que l'article 2139 autorise à requérir l'inscription. Quoi qu'il en soit, à cet égard, on ne doit pas du moins hésiter à reconnaître le pouvoir dont il s'agit au mari de la femme séparée de biens; car le mari a toujours qualité pour faire, dans l'intérêt de sa femme, un acte de protection. Pareillement, il y aurait inconséquence si l'on refusait à un ascendant, capable d'accepter une donation pour le mineur, le pouvoir d'assurer par la transcription l'effet d'une donation acceptée par un autre.

2. Quoique la transcription ne soit pas, comme l'ancienne insinuation, requise expressément à peine de nullité, il est certain néanmoins qu'à l'égard des personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription, la donation non transcrite est réputée non avenue. Sans nul doute, ce défaut peut être opposé par les créanciers hypothécaires ou par les acquéreurs (v. L. 11 brumaire an VII, art. 26); mais le Code semble aller plus loin en établissant en principe qu'il peut l'être par toutes personnes ayant intérêt. Toutefois, la loi excepte avec raison, 1° les personnes qui, chargées de faire procéder à la transcription, ne peuvent se faire un titre de leur propre négligence; et non-seulement ces personnes, mais aussi leurs ayant cause; 2° le donateur, car, à son égard, l'acte est parfait, au plus tard, par l'acceptation dûment notifiée (art. 932, 938). Voyez art. 941, dont les termes, au surplus, sembleraient n'être que la reproduction abrégée des articles 27, 30, 31 de l'ordonnance de 1731, relatifs à l'insinuation.

82 *bis*. I. Si la transcription n'était requise pour les donations que comme elle l'était par la loi de l'an VII pour les aliénations en général, le défaut de transcription ne pourrait évidemment être opposé que par les tiers acquéreurs et par les créanciers hypothécaires. Il n'y a pas, en effet, d'autre conséquence possible à tirer des termes de l'article 26 de ladite loi, qui défend d'opposer les actes non transcrits *aux tiers qui auraient contracté avec le* VENDEUR, *et qui se seraient conformés à ses dispositions* (*intellige* en faisant transcrire leur titre ou inscrire leur hypothèque). Si telle eût été, en effet, la pensée du législateur, il lui eût suffi de reproduire purement et simplement, dans l'article 941, la formule de l'article 26 de la loi de brumaire, en substituant seulement au mot *vendeur*, qui, au surplus, n'est pas pris là dans un sens exclusif, le mot *donateur*. Mais il a certainement voulu dire bien plus quand il a posé en principe, et sauf seulement deux exceptions, que le défaut de transcription pourrait être opposé *par toutes personnes ayant intérêt;* c'est-à-dire, évidemment, non pas seulement les personnes intéressées à connaître la donation, car on n'aurait pas eu besoin alors d'excepter le donateur; mais les personnes

intéressées à ce que la donation ne soit pas maintenue. Le sens devient plus manifeste encore, si l'on compare notre article 941 avec l'article 27 de l'ordonnance, qui, commençant par proclamer le droit d'opposer le défaut d'insinuation pour les tiers acquéreurs, les créanciers, les héritiers, les donataires et les légataires, termine son énumération par cette formule, toute semblable à celle de notre article : *A généralement tous ceux qui y auront intérêt autres néanmoins que le donateur.* Maintenant, si l'on joint à cet article 27, qui proclame la règle avec une exception unique, les articles 30 et 31, qui ajoutent l'exception pour les personnes tenues de faire insinuer, pour leurs héritiers ou ayant cause, on arrive à reconnaître que notre article 941 n'est que la reproduction abrégée des trois articles 27, 30 et 31, et l'on est naturellement amené à conclure que le Code entend accorder ou refuser le droit d'opposer le défaut de transcription à tous ceux à qui l'ordonnance accordait ou refusait celui d'opposer le défaut d'insinuation. Et pourquoi, en effet, n'en serait-il pas ainsi? Pourquoi le législateur, qui, sur presque tous les autres points, a complétement adopté, à l'égard des donations, le système rigoureux de l'ordonnance, pourquoi, dis-je, n'aurait-il pas entendu les soumettre à la même règle de publicité, en substituant seulement, comme moyen, au registre du greffe le registre du conservateur des hypothèques. Si de cette substitution il est résulté la restriction de la règle de publicité aux donations de biens susceptibles d'hypothèque, ce n'est pas une raison pour qu'à ces sortes de donations la règle soit moins sévèrement appliquée. Qu'importe, après cela, que la transcription empruntée au régime hypothécaire, pour éviter un double emploi, eût à ce point de vue un but différent du but de l'insinuation et qu'elle ne tendît pas à la protection de tous les mêmes intérêts? Elle n'en est pas pour cela moins susceptible d'être efficacement appliquée par la disposition spéciale de la loi de la matière, à la protection de tous ceux que l'insinuation avait pour but de protéger; seulement, pour qu'il en fût ainsi, il fallait que le législateur le dît; mais ne l'a-t-il pas dit, quand, après avoir ordonné la transcription, il a accordé à *toutes personnes ayant intérêt* le droit d'opposer le défaut de transcription?

Tel serait, en effet, mon sentiment, et j'accorderais en conséquence le droit d'opposer le défaut de transcription, non-seulement

aux tiers acquéreurs et aux créanciers, même simples chirographaires du donateur, mais aussi à ses héritiers, donataires postérieurs ou légataires, car tous me paraissent compris dans la catégorie générale des personnes ayant intérêt. Mais je dois ajouter que ce sentiment est loin d'être conforme à la doctrine générale, et que sur plusieurs points il est rejeté par la jurisprudence.

82 *bis*. II. Ainsi, d'abord, l'on s'accorde presque généralement à refuser le droit aux héritiers du donateur, qui, tenus de ses faits, doivent en principe être tenus comme lui de l'exécution de la donation parfaite à son égard. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la loi s'en fût formellement expliquée comme l'avait fait l'ordonnance. Or, pour cela, dit-on, il ne suffisait pas d'adopter, comme on l'a fait, la formule générale de l'ancienne loi, il eût fallu consacrer spécialement cette application exorbitante (1).

82 *bis*. III. Maintenant, si, faute d'un texte formel qui le leur accorde, on doit, d'après les principes généraux, refuser aux héritiers du donateur le droit d'opposer le défaut de transcription, il en faut dire autant des légataires, qui, s'ils sont à titre universel, sont aussi, dans la mesure au moins de leur legs, tenus des faits du défunt, et qui, fussent-ils à titre particulier, sont obligés de respecter dans la personne du donataire la qualité de créancier, qualité qui ne saurait lui être contestée, et qui, de sa nature, est préférable à la leur. Aussi, je ne sache pas qu'aucun de ceux qui refusent d'appliquer aux héritiers notre article 941, en admette l'application pour les légataires.

82 *bis*. IV. Une fois entré dans la voie des distinctions entre les personnes ayant intérêt à opposer le défaut de transcription, on trouve aussi des raisons pour ne point accorder aux donataires postérieurs le droit que l'on refuse aux héritiers et aux légataires. Les raisons, il est vrai, ne sont pas absolument les mêmes, car on ne peut ni dire des donataires, comme des héritiers ou successeurs universels, qu'ils sont tenus des faits de leur auteur, ni leur appliquer le principe qui fait considérer le titre du donataire antérieur comme préférable à celui d'un légataire; mais on soutient que l'intérêt du donataire postérieur consistant uniquement dans un

(1) V. au surplus C. c. Rej., Req., 12 décembre 1810, rendu sur les conclusions de Merlin (P. t. 29, p. 273); v. aussi C. c. cass., 4 août 1814 (P. t. 42, p. 16).

bénéfice à obtenir, ne saurait prévaloir sur un titre antérieur de la même puissance que le sien. Pour le prétendre, on s'appuie sur l'autorité du rapporteur du tribunat, qui affirme, en effet, sans justifier d'ailleurs son assertion, que l'exception relative au donateur comprend nécessairement *les donataires postérieurs,* LES CESSIONNAIRES *et les héritiers du donateur* (1). Enfin on invoque, comme tranchant la question contre les donataires, héritiers et légataires, le texte formel des articles 1070 et 1072, qui, réservant aux créanciers et tiers acquéreurs le droit d'opposer aux appelés le défaut de transcription de la substitution, refusent formellement ce droit aux *donataires, légataires ou héritiers du disposant,* et pareillement *à leurs donataires, légataires et héritiers.*

Pour moi, je ne crois pas qu'aucun de ces arguments soit déterminant pour faire refuser en principe aux donataires postérieurs le droit que l'article 941 accorde à *toutes personnes ayant intérêt.* La distinction entre l'intérêt *de lucro captando* et l'intérêt *de damno vitando* est certainement très-raisonnable ; elle est fondamentale en matière d'action révocatoire, et à ce point de vue elle pourra, comme je vais bientôt l'établir, servir, dans la plupart des cas, à priver le donataire postérieur du droit d'opposer au premier donataire le défaut de transcription ; mais ce n'est pas à dire que ce droit lui serait toujours refusé, comme s'il n'était pas compris dans les termes de l'article 941. Quant à l'affirmation du rapporteur du tribunat, c'est une simple assertion qui perd beaucoup de son poids quand on la voit étendue, je ne dis pas aux *héritiers du donateur,* mais à ses *cessionnaires,* ce qui comprendrait même les acquéreurs à titre onéreux. Maintenant il reste donc l'argument de texte puisé dans l'article 1072 ; mais cet argument n'est nullement concluant ; car d'abord il n'est pas direct, puisque l'article invoqué n'a trait qu'aux appelés à la substitution ; mais il n'empêche nullement qu'un second donataire, autre que le grevé ou son ayant cause, oppose à qui de droit le défaut de transcription d'une donation antérieure, contenant ou non charge de restitution.

82 *bis*. V. Quoi qu'il en soit, je vois, dans la plupart des cas, c'est-à-dire toutes les fois que les deux donations successives émaneront directement de la même personne, une raison déterminante pour refuser au second donataire le droit d'opposer au premier le

(1) V. Jaub., Rapp. au tribunat (Fenet, t. 12, p. 597).

défaut de transcription, c'est que la seconde donation est nécessairement faite par le donateur en fraude de la première, dont il ne pouvait ignorer l'existence. Or cela seul suffit pour accorder au premier donataire l'action révocatoire contre le second, complice ou non de cette fraude, cette complicité n'étant pas une condition de l'action contre un acquéreur à titre gratuit. Cela posé, comment comprendre qu'en présence du droit qu'aurait le premier donateur de faire annuler la seconde donation, le second donataire pût opposer au premier le défaut de transcription? Il est vrai que les principes sur l'action révocatoire, admis dans l'ancien droit, n'empêchaient pas que le donataire postérieur ne pût, aux termes précis de l'ordonnance, opposer le défaut d'insinuation. On considérait apparemment que l'insinuation étant prescrite à peine de nullité (ord., art. 20), la donation non insinuée ne conférait aucun droit en fraude duquel on pût être censé avoir agi. Mais si l'on ne veut pas sous-entendre dans notre article 941 la disposition explicite de l'article 27 de l'ordonnance, qui conférait au donataire postérieur le droit dont il s'agit, les principes reprennent leur empire, d'autant mieux que le Code n'a dit nulle part que la transcription soit prescrite à peine de nullité.

82 *bis*. VI. Notre argument, au reste, aurait une grande portée, qui ne s'arrèterait point à l'interprétation de l'article 941; car il conduirait à dire que sous l'empire de la loi de brumaire un donataire postérieur n'aurait pas pu repousser l'effet d'une aliénation antérieure non transcrite, ni s'appliquer le droit proclamé à cet égard par l'article 26 de ladite loi *en faveur des tiers qui auraient contracté avec le vendeur*, c'est-à-dire avec l'ancien propriétaire. Bien plus, on est amené à la même conséquence sous l'empire de la loi du 23 mars 1855, malgré la généralité des termes de cette loi, qui à l'expression équivoque de *tiers qui auraient contracté*, substitue celle de *tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois* (v. d. l., art. 3). Ce n'est pas, certainement, qu'on puisse nier l'application littérale de ces termes à un donataire postérieur qui aurait fait transcrire le premier, mais c'est que l'article ne déroge point au principe général de l'article 1167, qui établit l'action révocatoire, et que ce principe amène forcément à suppléer dans la loi une distinction qui n'est point écrite dans son texte.

82 *bis*. VII. Tout mon argument, au reste, repose sur cette base que la donation postérieure est faite en fraude de la précédente aliénation; cette fraude, je la fais consister dans la connaissance nécessaire qu'a eue le donateur de cette aliénation. A cet égard je maintiens ma proposition, dans la supposition même où l'auteur des deux aliénations étant solvable, pourrait indemniser le premier acquéreur. Car, solvable ou non, il a agi en fraude de celui à qui il avait promis le bien en nature quand il a transmis ce bien à un autre, et c'est assez, selon moi, pour autoriser le premier à se ressaisir du bien par l'action révocatoire.

Mais, évidemment, mon argument tomberait, si au lieu de supposer que l'aliénation avait été faite par le donateur lui-même, on la suppose émanée de son auteur ou de son représentant; car alors l'ignorance est possible et la fraude ne doit pas se présumer. Alors donc disparaît l'existence de l'action révocatoire, et avec elle la conséquence que j'en tire en faveur du premier acquéreur qui n'a pas fait transcrire. Nul doute, donc, que dans ce cas un donataire ne pût comme un acquéreur à titre onéreux faire valoir contre lui la disposition de la loi de 1855; et, pour mon compte, je ne doute pas davantage que dès avant cette loi ce donataire n'eût pu, aux termes de l'article 941, opposer à un donataire antérieur le défaut de transcription. Car ma pensée est que l'existence de l'action révocatoire est le seul obstacle qui empêche d'appliquer au donataire la généralité des termes de notre article.

82 *bis*. VIII. D'après les principes exposés, je n'aperçois aucune raison plausible pour refuser aux créanciers quelconques du donateur, antérieurs ou postérieurs à la donation, mais toujours intéressés à en contester l'effet, le droit d'opposer le défaut de transcription. Mais bien entendu que ce droit ne peut appartenir qu'aux créanciers qui par une saisie antérieure à la transcription de la donation, ont affecté jusqu'à un certain point à leur payement le bien donné, comme appartenant encore au donateur. Or, pour cela, il faudrait, si c'est le bien lui-même qui a été saisi, que la saisie eût été transcrite (v. C. pr., art. 678, 686). Mais si la saisie n'avait porté que sur les revenus, il suffirait, je crois, qu'elle eût été pratiquée pour que l'effet en fût maintenu contre le donataire qui n'aurait pas transcrit antérieurement (1).

(1) V. C. c., cass. 7 avril 1841 (P. 1841-1-714).

82 *bis.* IX. Le droit d'opposer le défaut de transcription est avec raison refusé aux personnes qui sont chargées de faire la transcription ; car, devant répondre à ce titre du préjudice qu'éprouverait le donataire par l'omission de cette formalité, il est tout simple qu'elles ne puissent lui causer elles-mêmes ce préjudice. La même raison est applicable sans difficulté à leurs ayant cause à titre universel, puisqu'ils succèdent à leurs obligations. Mais elle ne l'est pas à leurs ayant cause à titre particulier, qui sembleraient dès lors devoir rentrer purement et simplement dans la catégorie des tiers que la loi a voulu protéger contre l'effet des donations non transcrites. Cette protection semblerait surtout être due aux acquéreurs à titre onéreux, qui, à la différence du donataire, *certant de damno vitando*. Toutefois il y a une raison pour étendre aux ayant cause quelconques d'un tuteur ou d'un mari la fin de non-recevoir établie contre leur auteur, comme conséquence de la charge imposée à celui-ci et de la responsabilité qui s'y attache. Cette raison, c'est que l'hypothèque générale qui frappe sur tous les biens du tuteur ou du mari frapperait par là même le bien par eux acquis de l'un ou de l'autre, et qu'ils se trouveraient ainsi tenus hypothécairement de l'indemnité due au donataire évincé pour défaut de transcription. C'en est assez pour qu'on ne leur permette pas de causer à ce donataire le préjudice dont ils devraient ainsi répondre. Mais cette raison ne s'appliquera pas aux ayant cause des autres personnes chargées de faire faire la transcription.

Quand cette charge, et la responsabilité qu'elle entraîne, ne sera point accompagnée d'hypothèque, soit que la loi n'en ait pas établi, *puta* s'il s'agit d'un curateur, soit qu'elle ne l'ait accordée qu'à la condition d'une inscription qui n'aurait pas été prise, *v. gr.* s'il s'agit d'un administrateur comptable (V. art. 2121, 2134); enfin, contre les ayant cause mêmes des tuteurs ou des maris, la raison cessera si l'hypothèque a été purgée. C'est dans ces cas, et uniquement dans ces cas, qu'il sera, selon moi, permis de douter si la fin de non-recevoir établie contre les ayant cause doit s'appliquer aux acquéreurs à titre particulier, et s'il n'y a pas lieu spécialement d'en excepter les acquéreurs à titre onéreux, par argument de l'article 1072, qui ne refuse pas indistinctement aux ayant cause du grevé le droit d'opposer aux appelés le défaut de

transcription de la substitution, mais qui comprend seulement dans sa disposition, avec le grevé lui-même, ses donataires, légataires ou héritiers.

Quoi qu'il en soit de la valeur de cet argument d'analogie, je n'ose affirmer qu'il soit suffisant pour prévaloir sur la disposition générale de notre article 941.

83. L'acceptation expresse, pour former le contrat, et la transcription, pour donner à l'aliénation la publicité requise, sont des formalités essentielles. Les incapables mêmes ne sont pas restitués contre leur omission; sauf, bien entendu, le recours de ceux-ci contre les personnes chargées de protéger leur incapacité, et sans que l'inefficacité de ce recours puisse fournir un moyen extraordinaire de restitution. V. art. 942, et remarquez 1° que la loi n'applique la proposition principale qu'aux mineurs, aux interdits et aux femmes mariées; 2° qu'elle n'établit expressément le recours que contre les maris et tuteurs.

83 *bis*. I. Quoique l'article 942 ne comprenne dans ses termes que les mineurs, les interdits et les femmes mariées, il est certain que c'est à tous les incapables, dont les intérêts sont confiés à des tiers, que le législateur entend refuser la restitution. L'acceptation, en effet, et la transcription, chacune au point de vue auquel elle est prescrite, sont des formalités essentielles contre l'omission desquelles nul ne saurait être relevé sans une disposition formelle.

Pareillement, quoique la responsabilité ne soit ici proclamée que contre les tuteurs ou maris, on ne doit point hésiter à l'appliquer contre tous ceux qui, étant chargés pour des incapables d'accomplir eux-mêmes ou de faire accomplir l'une ou l'autre de ces formalités, auraient négligé de le faire. C'est la conséquence du principe général qui soumet aux dommages-intérêts quiconque manque à remplir son obligation.

Ainsi, le mineur émancipé pourrait avoir recours contre son curateur; et les établissements publics pourraient également recourir contre leurs administrateurs (art. 940).

83 *bis*. II. La loi, au reste, semble mettre ici sur la même ligne le défaut d'acceptation et le défaut de transcription; cela doit s'en-

tendre en ce sens que les incapables ne sont, en effet, restituables ni contre l'une ni contre l'autre de ces omissions; mais il n'en faut pas conclure qu'il y ait assimilation entre les deux cas, en ce qui concerne le recours que la loi réserve, *s'il y échet*, à ces incapables. Il y a, en effet, des personnes chargées de faire transcrire une donation qu'elles n'étaient pas tenues d'accepter, soit qu'elles en eussent ou non le pouvoir (1) Celles-là, évidemment, répondraient du défaut de transcription et non du défaut d'acceptation.

Dans cette catégorie je placerais le tuteur ou administrateur quelconque, lorsque c'est lui-même qui est donateur. Car la donation ne le liant pas et ne conférant au donataire aucun droit tant qu'elle n'était pas acceptée, on ne peut, selon moi, imputer à faute à celui qui restait maître de la révoquer de n'avoir pas fait les diligences nécessaires pour la consolider. Ce point, toutefois, est controversé (2). Mais ce qui ne l'est pas et ne saurait l'être, c'est qu'une fois l'acceptation régulièrement faite et l'engagement formé entre les parties, le tuteur ne pourrait, sous prétexte qu'il est lui-même le donateur, s'affranchir de l'obligation d'en faire consolider l'effet à l'égard des tiers par la transcription.

84. L'irrévocabilité étant, comme on l'a vu, un des caractères essentiels de la donation entre-vifs, et le principal objet des formalités auxquelles elle est soumise, la loi prohibe dans cet acte toute clause qui tendrait à en subordonner l'effet à la volonté du donateur. C'est l'application de l'ancienne maxime, *donner et retenir ne vaut* (art. 943-946).

84 *bis*. Le dépouillement actuel et irrévocable est un caractère essentiel de la donation entre-vifs (art. 894) (3). Ce double caractère se résume dans l'ancienne maxime coutumière, *donner et retenir ne vaut* (4), maxime que notre législateur n'a point expressément formulée, mais dont il a consacré les principales conséquences : je ne dis pas toutes les conséquences; car, par exemple, on ne pourrait aujourd'hui, en présence de l'article 938, soutenir

(1) V. ci-dessus n. 74 *bis*. III, et 81 *bis*. I.

(2) V. au contraire M. Troplong, *Donations*, t. 3, n. 1135; C. c., cass. 11 juin 1816 (P., t. 46, p. 321); C. c., rej. 9 décembre 1829 (P., t. 86, p. 440).

(3) V. ci-dessus n. 4 *bis*. II.

(4) V. Coutume de Paris, art. 273.

que le défaut de tradition du vivant du donateur fît défaillir l'effet de la donation (1). Mais ce que le législateur entend, c'est que la donation ne vaille pas, si d'une manière quelconque le donateur s'est réservé le pouvoir de disposer de la chose donnée.

La maxime dont il s'agit avait surtout sa raison d'être dans l'ancien droit à cause des réserves coutumières, applicables seulement aux dispositions de dernière volonté (2), et qu'on aurait facilement éludées au moyen de prétendues donations entre-vifs, réduites plus ou moins complétement, par l'insertion de certaines clauses, à l'effet d'une disposition à cause de mort. Cette raison ne subsiste plus aujourd'hui, puisque la quotité disponible est la même pour les dispositions entre-vifs ou testamentaires. Mais il reste toujours vrai que les dispositions entre-vifs et les dispositions à cause de mort étant, eu égard à leur diverse nature, assujetties à des formes différentes, formes qui pour les unes comme pour les autres sont substantielles, il importe qu'on ne puisse emprunter les formes des unes pour produire tout ou partie des effets réservés aux autres. Au reste, en adoptant ici la rigueur des anciens principes, le législateur n'a fait qu'appliquer une fois de plus son système de sévérité contre les donations. Dans ce système, il se serait bien gardé de lever des entraves auxquelles on était habitué, et qui aboutissent nécessairement à diminuer le nombre des donations.

85. La prohibition s'applique 1° aux donations de biens à venir, sans néanmoins que la donation qui porterait à la fois sur des biens présents et sur des biens à venir pût être annulée à l'égard des premiers (V. art. 943). Et remarquez que la simple espérance résultant d'un droit conditionnel, quoique subordonnée pour sa réalisation à un avenir incertain, n'en doit pas moins être considérée ici comme bien présent, pourvu qu'elle ne dépende pas de la volonté du donateur.

85 *bis*. I. Il ne faut entendre par *biens à venir*, auxquels s'applique la prohibition de notre article, que ceux qui n'appartiennent

(1) V. sur ce point Coutume de Paris, art. 274; ci-dessus n. 77 *bis*.

(2) V. ci-dessus n. 42 *bis*. I.

actuellement au donateur à aucun titre, et dont l'acquisition est subordonnée à un acte ultérieur de sa volonté. Dans cette catégorie se placent, sans difficulté, les acquisitions qu'il pourrait faire par contrats ou par donations entre-vifs, et il ne faut pas hésiter non plus à y comprendre les acquisitions par succession ou legs, car bien qu'on en soit saisi sans acte de sa volonté, on peut toujours s'en dessaisir par une renonciation qu'on ne peut s'interdire à l'avance. Il est clair donc que, dans tous ces cas, le donateur resterait maître d'empêcher l'effet de sa donation, et qu'il y aurait contravention à la règle *donner et retenir ne vaut*. Il va sans dire, au reste, qu'on trouverait ce caractère dans une donation à titre universel des biens que le donateur laissera au jour de son décès. C'est même à cette disposition que s'applique plus spécialement la dénomination de donation de biens à venir (V. art. 1093).

Mais la donation est vraiment de biens présents, quoiqu'elle s'applique à des choses futures, si ces choses sont dès à présent pour le donateur l'objet d'un droit conditionnel, dont il se dessaisit au profit du donataire. Ainsi l'on peut certainement donner entre-vifs, soit les fruits à naître d'un bien dont on est propriétaire, usufruitier ou locataire, soit les profits à recueillir dans une société antérieurement contractée.

85 *bis*. II. Je ne vois pas plus de difficulté à permettre la donation d'une somme payable seulement après un certain temps, fût-ce même à l'époque de la mort du donateur. Car celui-ci est actuellement dépouillé, par cela seul qu'il devient immédiatement débiteur. Il en serait ainsi quand même la somme donnée excéderait la valeur des biens présents du donateur; elle n'en vaudrait pas moins pour le tout, et pourrait, en vertu de l'article 2092, s'exécuter sur les biens à venir. On objecte que le donateur restera maître de faire défaillir cette garantie en n'acquérant pas de nouveaux biens; cela est vrai, comme il est vrai également qu'il pourrait faire défaillir la garantie offerte par ses biens présents en les dissipant. Aussi M. Grenier n'admet-il la donation d'une somme payable à terme, qu'à la condition d'une affectation hypothécaire sur les biens présents (1). Mais ce sentiment n'est suivi par personne, et toutefois il y a, je crois, inconséquence à le rejeter, si l'on admet

(1) V. Grenier, *Donations*, n. 7.

d'ailleurs, comme le fait M. Coin de l'Isle (1), que la donation se réduira à la mesure des biens présents ; car, comme je l'ai déjà dit, le donateur reste aussi bien maître de dissiper ses biens présents qu'il l'est de ne pas acquérir les biens à venir. Mais ce dont il n'est pas maître, c'est de cesser d'être débiteur ; et cela suffit pour constituer son dépouillement actuel. Il est évident, au reste, que le donataire ainsi constitué créancier à terme, sera par là même en droit de faire des actes conservatoires, et qu'il pourra même agir avant le terme aux cas prévus par l'article 1188.

85 *bis*. III. Une fois admis que la possibilité pour le donateur de diminuer les garanties d'exécution, n'empêche point la validité de la donation quand l'engagement est irrévocable, on a peine à concevoir que la cour de cassation qui a jugé mainte et mainte fois la validité de la donation d'une somme payable à terme et par conséquent l'engagement du donateur sur tous ses biens (2), ait, par un arrêt de rejet de la chambre civile du 31 mars 1824 (3), jugé qu'une donation de ce genre n'emportait pas, dans les anciens principes, hypothèque sur les biens à venir. Cet arrêt, évidemment, ne doit pas faire jurisprudence, et mal à propos on en conclurait qu'une donation de somme d'argent, payable à terme, ne pourrait, sous l'empire du Code, être garantie par une hypothèque constituée sur les biens à venir dans les termes de l'article 2130.

85 *bis*. IV. Au reste, quoique dans nos principes il soit permis de donner entre-vifs une somme d'argent payable seulement à la mort, on pourrait n'y voir qu'une donation de biens à venir, s'il était dit dans l'acte que la somme donnée est à prendre sur les biens qu'on laissera au jour de son décès. De ces termes, en effet, il est assez naturel de conclure que l'on n'a voulu donner que jusqu'à concurrence desdits biens. Toutefois, il me paraît évident que ce serait là une pure question d'intention, et que la donation vaudrait si, de quelque manière, *puta* par une hypothèque dès à présent consentie ou par l'insertion d'une clause de retour, on avait manifesté la volonté de s'engager actuellement.

(1) M. Coin de l'Isle sur l'article 943, n. 8 et 9.

(2) V. C. c., rej. 22 avril 1817 (P., t. 50, p. 408); C. c., cass. 18 juillet 1822 (P., t. 67, p. 47); *id.*, cass. 17 juillet 1826 (P., t. 76, p. 39); *id.*, cass. 16 août 1827 (P., t. 80, p. 305); *id.*, cass. 28 janvier 1839 (P., 1839-1-128); *id.*, rej. 11 décembre 1844 (P., 1845-1-116).

(3) P., t. 69, p. 524.

85 *bis*. V. En n'annulant qu'*à cet égard* la donation qui comprend des biens à venir, le Code est moins rigoureux que l'ordonnance, qui annulait, même pour les biens présents, les donations de biens présents et à venir (ord. de 1731, art. 15). La règle actuelle est plus juste; car il n'y a pas de raison pour que l'utile soit vicié par l'inutile. Et toutefois, s'il apparaissait que l'intention du donateur eût été d'exclure la division, il faudrait admettre la nullité pour le tout, puisque la donation ne pourrait valoir pour les biens à venir. Mais on ne devra pas supposer cette intention toutes les fois que les biens présents étant détaillés, on y aurait joint une donation de biens à venir : alors évidemment cette dernière seule serait nulle. Au reste, ce détail des biens présents sera absolument nécessaire pour les effets mobiliers, dont l'article 948 ne valide la donation qu'à cette condition. Quant aux immeubles, ils pourraient n'être pas détaillés, parce qu'il sera toujours facile de reconnaître ceux qui appartenaient au donateur au temps de la donation. Si donc l'acte porte donation de la totalité ou d'une quote-part des biens présents, et distinctement donation de la totalité ou d'une quote-part des biens à venir, je ne vois pas encore pourquoi l'on ne s'en tiendrait pas aux termes de notre article 943. Mais si la donation était faite cumulativement des biens présents et à venir sans autre explication, je crois qu'elle devrait passer pour une institution contractuelle qui n'est permise que dans les contrats de mariage, et que hors contrat de mariage elle serait nulle pour le tout.

86. La prohibition comprend, 2° les donations faites sous des conditions *dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur*. V. art. 944, et remarquez que ce n'est point ici l'application pure et simple du principe posé pour les obligations en général par l'article 1174.

86 *bis*. I. L'irrévocabilité des conventions n'empêche pas un contractant de s'obliger valablement sous une condition potestative, c'est-à-dire sous la condition d'un événement qu'il serait jusqu'à un certain point en son pouvoir de faire arriver ou d'empêcher (V. art. 1170). L'article 1174, qui semble dire le contraire, signifie seulement que l'obligation est nulle, à défaut de lien, si la condition ne consiste que dans la volonté du débiteur. Mais la règle doit s'entendre bien plus strictement en matière de donation, par suite

du principe *donner et retenir ne vaut*. Et pourtant il faut convenir qu'on arriverait à un résultat tout opposé si l'on voulait décider la question par la comparaison littérale des deux articles 1174 et 944. Car l'article 1174 semble proscrire de la part du débiteur toute condition potestative, dénomination qui comprend celles qui, dépendant à la fois du hasard et de la volonté d'une des parties, ne peuvent, d'un côté, passer pour casuelles, puisqu'on ne peut dire d'elles qu'elles ne sont NULLEMENT *au pouvoir du créancier ni du débiteur* (V. art. 1169), et ne peuvent non plus être considérées comme *mixtes*, la loi n'appelant ainsi que celles qui dépendent à la *fois de la volonté d'une des parties contractantes et de* LA VOLONTÉ D'UN TIERS (V. art. 1171). Ici, au contraire, la proscription ne s'applique qu'aux conditions *dont l'exécution dépend de* LA SEULE *volonté du donateur*.

Quoi qu'il en soit, les principes ne permettent pas d'hésiter sur ce point; et si l'on doit valider sans difficulté l'obligation contractée sous la condition *potestative* que le promettant fera ou ne fera pas quelque chose que le créancier a intérêt à obtenir ou à empêcher, il faut, au contraire, annuler une donation faite sous toute espèce de condition *potestative*, en comprenant, comme de raison, sous ce nom celles qui dépendent à la fois de la volonté du donateur et de ce qu'on appelle vulgairement le hasard. Si la loi n'a parlé que des conditions dont l'exécution dépend de la *seule* volonté, tout ce qu'on en peut conclure, c'est que la donation pourrait être valablement faite sous une condition mixte, c'est-à-dire sous une condition dont l'exécution dépendrait de la volonté d'un tiers jointe à celle du donateur.

Ce dernier point même, au reste, pourrait être contesté : en effet, la condition mixte dépend, à un certain point de vue, de la volonté du donateur, je dis même de sa seule volonté; car, si cette seule volonté ne suffit pas pour l'accomplir, elle suffit, au contraire, pour la faire défaillir; et sous ce rapport le donateur reste maître du sort de la donation qu'il y a subordonnée, ce qui semble contrevenir au principe *donner et retenir ne vaut*. Mais s'il fallait s'en tenir à la rigueur de cette doctrine, on ne verrait pas pourquoi le législateur, au lieu de borner comme il le fait sa prohibition aux conditions dont l'exécution dépend de la *seule* volonté, ne l'aurait pas appliquée à toute condition dépendant *aucunement* de la vo-

lonté, et sortant sous ce rapport de la catégorie des conditions casuelles (V. art. 1169). Je crois, au contraire, que faisant ici abstraction de l'obstacle que peut toujours apporter à l'exercice de la volonté de l'homme le hasard, ou, pour mieux dire, l'action souveraine de la Providence divine, il a considéré comme dépendant de la *seule* volonté la condition que la volonté *unique* du donateur peut, sauf les obstacles de force majeure, faire accomplir ou défaillir, et qu'il a voulu excepter de sa prohibition les conditions dont, en dehors des obstacles de force majeure, l'exécution dépend de la volonté du donateur et de celle d'un tiers, c'est-à-dire, que bornant sa prohibition aux conditions dites *potestatives,* il a entendu autoriser les conditions dites *mixtes.*

86 *bis.* II. Ce qui donne à la condition le caractère mixte, c'est de dépendre en partie de la volonté d'un tiers déterminé. Mais si c'est de la volonté d'un tiers quelconque, cela se confond avec la dépendance du hasard, qui, mêlée à l'élément principal de la condition potestative, n'en altère pas le caractère.

Ainsi la condition que le donateur épousera ou n'épousera pas telle personne est une condition mixte qui, selon moi, n'annulera pas la donation. Mais j'en dis autrement de la donation faite sous la condition que le donateur se mariera ou ne se mariera pas; car, suivant nos principes, la condition alors est potestative.

86 *bis.* III. Quoi qu'il en soit, je n'irais pas jusqu'à ranger parmi les conditions potestatives celle d'avoir ou de n'avoir point d'enfants; car, bien que la volonté de la personne ne soit point entièrement étrangère au fait de procréation, elle n'y entre point comme élément principal; c'est l'élément providentiel qui domine et qui imprime à la condition le caractère *casuel.* La preuve, au reste, que la loi ne considère pas une condition de ce genre comme potestative, c'est qu'elle valide la donation faite par une personne sans enfants, quoiqu'elle-même y sous-entende la condition résolutoire de survenance d'enfants (V. art. 960). Pareillement, la donation faite par une personne qui n'a qu'un ou deux enfants n'est pas nulle, quoiqu'elle puisse devenir réductible par l'augmentation postérieure du nombre de ses enfants (V. art. 913).

86 *bis.* IV. Au reste, la loi ne prohibant dans les donations que les conditions potestatives de la part du donateur, il est clair que la donation est valablement faite sous toute autre condition pos-

sible et non contraire aux lois; car, comme nous l'avons vu, suspensive ou résolutoire, la condition n'altère pas le caractère essentiel de dépouillement actuel et irrévocable.

Cela est vrai, lors même que la condition suspensive ne devrait s'accomplir qu'à la mort du donateur. Ainsi l'on peut donner sous la condition que le donateur mourra sans enfants, ou sous celle que le donataire survivra au donateur. Car le droit conditionnel naît immédiatement sans qu'il soit au pouvoir du donateur de l'altérer ou de le détruire. Il n'y a pas plus de difficulté à valider comme donation entre-vifs celle-ci, qui serait faite en vue d'un danger imminent, sous la condition que le donateur n'y échappera pas. Il est vrai que sous l'empire d'une législation qui admettait les donations à cause de mort, la donation ainsi faite aurait en général passé pour telle (V. *Just.* § 1, Inst., *De donat.*); et je ne dis pas non plus qu'aujourd'hui les tribunaux ne pourraient pas trouver dans les circonstances qui accompagnent cette donation la preuve que le donateur n'entendait pas se dépouiller lui-même, et j'entends qu'ils pourraient, en conséquence, annuler l'acte comme donation à cause de mort. Mais ce que je prétends, c'est que si l'acte a été qualifié entre-vifs, et qu'il n'apparaisse pas que le donateur ait entendu se réserver la faculté de révoquer *à sa volonté,* la donation devra valoir, parce que la condition qu'elle renferme n'est point potestative.

87. 3° La prohibition s'applique encore évidemment aux donations faites à la charge de payer des dettes dont le montant est incertain et qu'il dépendrait du donateur d'augmenter ou de diminuer. Du reste, il paraît résulter des termes de la loi qu'on peut valablement imposer au donataire la charge de payer non-seulement les dettes présentes en tout ou en partie, mais même des dettes futures, pourvu qu'on en exprime le montant soit dans l'acte même, soit dans un état annexé à cet acte. V. art. 945.

87 *bis.* I. La loi ne pourrait s'entendre en ce sens que si la charge de payer les dettes présentes n'est pas générale, il sera nécessaire de détailler dans l'acte ou dans l'état y annexé celles qu'on veut mettre à la charge du donataire. Cela donc ne signifie pas nécessairement qu'on

puisse, en les détaillant, appliquer la charge à des dettes futures. Quoi qu'il en soit, et indépendamment de tout argument de texte, on ne saurait contester la faculté de charger le donataire du payement de dettes futures, pourvu que le montant en soit dès à présent déterminé. Cela, en effet, n'a rien de contraire au principe *donner et retenir ne vaut*, dont l'application, dans ce cas, consistera en ce que le montant de la dette future, que le donateur reste maître de contracter ou non, se déduira à tout événement de la donation soit au profit du créancier, si la dette est en effet contractée, soit au profit du donateur ou de ses héritiers. En effet, il en sera de cette somme comme des objets dont le donateur se serait réservé la faculté de disposer, lesquels, aux termes de l'article suivant, sont retranchés de la donation quand même le donateur n'en aurait pas, en effet, disposé.

87 *bis*. II. Quant aux dettes présentes, si l'on veut les mettre toutes à la charge du donataire, on pourra se dispenser de les détailler; seulement le donataire alors ne sera tenu de payer que celles qui auront date certaine. (V. art. 1328.) Si donc le donateur veut s'assurer que la charge qu'il impose sera complétement exécutée, il fera bien d'annexer à la donation un état de ses dettes. Mais de là ne dépend point la validité de la donation ; car notre article 945 permet, d'une manière générale, la donation faite sous la condition d'acquitter les dettes qui existaient à l'époque de la donation, et c'est seulement pour le cas où l'on voudrait soit ne pas les comprendre toutes, soit en comprendre d'autres, qu'il oblige à les exprimer dans l'acte même ou dans un état annexé. Au reste, la pensée du législateur à cet égard se manifeste clairement par l'emploi qu'il fait de la disjonctive *ou*. Il est vrai que dans les donations de biens présents et à venir permises en contrat de mariage, l'article 1084 exige un état des dettes et charges existantes, et n'accorde qu'à cette condition la faculté de s'en tenir aux biens présents. Mais c'est là une disposition toute spéciale ; et de ce que la loi a subordonné à une condition la faculté exorbitante de diviser un titre universel, qui sort d'ailleurs sous plus d'un rapport de la nature des donations ordinaires de biens présents (V. notamment art. 1089), il n'en faut nullement induire qu'elle ait dû appliquer la même exigence à une donation de droit commun.

87 *bis*. III. La loi détermine ici quelles dettes peuvent être mises

à la charge du donataire entre-vifs; mais elle ne s'explique pas sur la question de savoir si la donation peut emporter de plein droit charge de dettes. Ce point donc doit se régler par les principes généraux qui, sauf l'effet de l'action révocatoire (art. 1167), ne soumettent aux dettes de leur auteur que les ayant cause à titre universel. Mais la question est de savoir si une donation entre-vifs, qui ne peut comprendre que les biens présents, peut être jamais considérée comme un titre universel. Pour la négative on dit avec raison, selon moi, que l'universalité du patrimoine, gage des créanciers, comprend les biens présents et à venir (art. 1092); que cette universalité, en conséquence, ne peut se déterminer qu'à la mort, et que les biens présents que le débiteur en distrait de son vivant, même sous forme d'universalité, ne sont pas plus spécialement affectés au payement des dettes alors existantes, que ne le serait chaque bien en particulier. Le débiteur, en effet, reste tel après cette distraction, et continue d'offrir pour garantie à ses créanciers son industrie, son travail et les nouveaux biens qu'il pourra acquérir. De là certainement on ne doit pas hésiter à conclure que la donation entre-vifs des biens présents, en quelque forme qu'elle se produise, n'opère entre l'auteur et les ayant cause aucune division opposable aux créanciers. Si donc, contre mon sentiment, on doit admettre cette division entre les héritiers et les légataires à titre universel considérés comme des héritiers institués (1), ce sera là une différence à signaler entre le donataire entre-vifs de l'universalité ou d'une quote-part des biens présents, et le légataire universel; car évidemment ce donataire n'est pas un successeur à la personne. Mais n'est-il pas néanmoins soumis aux dettes, par application du principe *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno?* C'est en effet ce qu'enseigne Pothier, qui ne présente pas même la question comme douteuse (2); et cette doctrine n'a pas paru moins évidente à la section de législation du tribunat (3). Cependant c'est, je crois, aller trop loin que d'imposer ici la charge des dettes comme conséquence directe du principe invoqué, car il n'y a pas transmission d'universalité; et c'est de l'universalité seulement, qu'on peut dire exactement qu'elle se diminue des dettes. Toutefois de la maxime

(1) V. t. 3, n. 205, et ci-dessous sur les articles 1003 à 1009.

(2) V. Pothier, *Successions,* sect. 3, art. 1, § 2.

(3) V. le rapport du tribun Jaubert (Fenet, t. 12, p. 599).

invoquée on peut, à mon avis, raisonnablement conclure que le donateur, qui envisage la masse de ses biens présents à un point de vue d'universalité, est censé par là même en déduire ses dettes actuelles. Cela devrait surtout se présumer s'il s'agissait d'un partage entre-vifs fait par un ascendant, aux termes des articles 1075 et 1076, parce que l'opération dont il s'agit emporte incontestablement en soi une idée de présuccession. Mais, dans tous les cas, le point à résoudre se réduit à une question d'intention qui doit se décider diversement, suivant les circonstances.

Cela posé, le donateur ayant sans aucun doute, sauf s'il y a lieu pour les créanciers à l'exercice de l'action révocatoire (art. 1167), le donateur, disons-nous, ayant en principe le droit de disposer de tous ses droits présents sans aucune charge de dettes, il est clair qu'il peut, à plus forte raison, limiter cette charge à certaines dettes. Si donc la donation était accompagnée d'un état des dettes présentes, et que cet état fût incomplet, le donataire ne serait tenu que des dettes comprises dans l'état (1).

88. 4° A plus forte raison, on ne peut pas se réserver expressément le droit de disposer des choses données. Mais si la réserve ne porte que sur une partie de ces choses, ou, ce qui revient au même, sur une somme fixe à prendre sur les biens donnés, la donation n'est pas nulle pour le tout. Seulement, ce qui aurait été ainsi retenu serait censé n'avoir jamais été donné. Conséquemment, les objets ou les sommes réservées appartiendraient aux héritiers du donateur, mort sans en avoir effectivement disposé. Cette conséquence, qui tient à l'essence même de la donation entre-vifs, ne pourrait évidemment être écartée par l'effet d'aucune clause ou stipulation. V. art. 946.

88 *bis*. I. Les choses dont le donateur s'est réservé la faculté de disposer sont dès le principe retranchées de la donation ; elles continuent dès lors à appartenir au donateur, qui peut de son vivant, soit les retenir, soit les répéter purement et simplement, et sans s'astreindre à en faire l'usage déterminé qu'il avait en vue dans la

(1) C. c., rej., ch. civ., 2 mars 1840 (P., 1840-1-290).

réserve. Si la loi n'a proclamé cet effet qu'à l'égard de ses héritiers, c'est sans doute parce qu'elle a supposé que le donateur lui-même ne sera pas disposé à user de ce droit. Mais cela ne l'empêche pas d'en user si bon lui semble. Toutefois, j'en dirais autrement s'il ne s'était réservé que la faculté de disposer par testament. Car il me semble que la donation alors doit être considérée comme valable pour la jouissance pendant toute la vie du donateur, qui ne s'était réservé que pour après sa mort le droit d'en dépouiller le donataire. Celui-ci aura donc pendant la vie du donateur un droit réel de jouissance, différent peut-être de l'usufruit en ce qu'il serait transmissible aux héritiers; et ce droit emporterait acquisition des fruits *échus* ou *perçus* pendant sa durée.

Au surplus, dans le cas même où le droit de retenir ou de répéter la chose aurait appartenu au donateur de son vivant, s'il n'a pas usé de ce droit et qu'il ait mis ou laissé le donataire en possession, celui-ci ne devra non plus aucun compte des fruits qu'il aura perçus pendant toute la durée de sa possession. Ce n'est pas qu'il ait été alors propriétaire ou usufruitier, puisque son titre est nul, ni à proprement parler possesseur de bonne foi; car, à moins d'une erreur de droit, qui ne serait pas excusable, il n'a pas dû ignorer le vice de son titre; mais c'est que les fruits ont été par lui perçus du consentement du propriétaire, circonstance qui doit équivaloir à un don manuel, valable pour les choses mobilières. Cette raison, au reste, n'a d'application que pour les fruits effectivement perçus, et elle n'autoriserait pas le donataire à prétendre aux fruits civils simplement échus lors de la mort du donateur.

88 *bis*. II. Si la réserve de disposer n'est que conditionnelle, elle ne doit vicier la donation que conditionnellement; car, pour le cas où la condition viendrait à défaillir, le donateur n'a pas *donné et retenu*. J'appliquerais cela notamment au cas où le donateur se serait réservé la faculté de créer une rente au profit d'une personne déterminée si elle lui survit. Qu'il crée ou qu'il ne crée pas la rente, pourvu que la personne survive, le donataire sera tenu de la servir, soit au rentier, soit aux héritiers du donateur. Mais si la personne ne survit pas, le donateur ne s'étant pas pour cette hypothèse réservé la liberté de disposer, il n'y a aucune raison pour que la donation ne s'exécute pas purement et simplement. C'est comme si le bien avait été donné franc de charge, sous la condition que

telle personne ne survivra pas au donateur, condition qui, ne dépendant pas de sa volonté, sera certainement valable.

88 *bis*. III. Il résulte de nos principes que la réserve de la faculté de créer une charge équivaut à la création actuelle de cette charge, et oblige en conséquence le donataire à la supporter au profit du donateur ou de ses héritiers et ayant cause, si elle n'est pas effectivement créée en faveur du tiers qu'on avait en vue dans la réserve; cela est sans difficulté, si la charge consiste dans le payement d'un capital ou dans la prestation d'une rente perpétuelle; mais cela s'appliquerait même au cas où la prestation serait d'une rente viagère à créer au profit et sur la tête d'une personne déterminée; car la rente alors devrait toujours être servie à qui de droit pendant la vie de cette personne; que si, sans désigner nommément la personne sur la tête de laquelle la rente devrait être établie, le donateur s'était réservé seulement le droit de disposer en viager jusqu'à concurrence d'une certaine somme de revenu, il y aurait nécessairement à apprécier la durée de la rente à servir; et par argument de l'article 619 qui fixe à trente ans la durée de l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, je crois qu'on pourrait limiter à ce terme la durée de la rente que le donataire servirait à tout événement.

89. Des motifs particuliers, qui seront ultérieurement exposés, réclamaient une exception aux prohibitions ci-dessus pour les donations par contrat de mariage et les donations entre époux. V. art. 947.

89 *bis*. L'exception s'applique aux donations dont est mention aux deux chapitres VIII et IX, par conséquent aux donations faites aux époux par des tiers en contrat de mariage et aux donations entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage. La portée de cette exception, en ce qui concerne les donations par contrat de mariage, est, comme nous le verrons, clairement précisée par les articles 1082, 1084, 1086, *add.* art. 1091. Quant aux donations faites entre époux pendant le mariage, il n'est pas moins évident que, déclarées par l'article 1096 *toujours révocables*, elles demeurent par là même affranchies du principe *donner et retenir ne vaut* et de toutes ses conséquences.

90. C'est encore une conséquence du principe, *donner et retenir ne vaut*, que l'acte de donation d'effets mobiliers ne puisse valoir, s'il n'est accompagné d'un état estimatif, sans lequel le donateur pourrait toujours, avant la tradition, soustraire une partie de ces effets, les détériorer ou en substituer d'autres. V. art. 948, et remarquez que ni les termes ni les motifs de la loi ne peuvent comprendre le cas d'un don manuel.

90 *bis*. I. Donner des effets mobiliers, sans les détailler et sans en déterminer la valeur estimative, c'est se réserver, sinon de droit, au moins de fait, le pouvoir d'anéantir la donation en les faisant disparaître ou d'en diminuer l'effet en les détériorant : c'est, par conséquent, contrevenir au principe *donner et retenir ne vaut*. Tel est, selon moi, le principal motif qui fait prescrire ici, à peine de nullité, l'état estimatif. Au reste, l'utilité de cet état apparaît encore à d'autres points de vue, soit comme moyen de déterminer le montant de l'obligation du rapport quand il y a lieu (art. 868), soit comme moyen de vérifier si la donation n'excède pas la quotité disponible (art. 922). C'est pour cela, sans doute, que le législateur qui affranchit d'ailleurs des autres conséquences du principe *donner et retenir ne vaut*, les donations faites par contrat de mariage et les donations entre époux (art. 947), ne les affranchit pas également de la nécessité de l'état, quand elles ont pour objet des biens présents. Quoi qu'il en soit, il est certain, en effet, qu'elles n'en sont point affranchies. Cela résulte, évidemment, de la place qu'occupe notre article à la suite de l'article 947, et cela résulte encore, du moins en ce qui concerne les donations par contrat de mariage, de la combinaison des articles 1081 et 1086. En ce point, au reste, notre législateur est plus sévère que ne l'était l'ordonnance qui confondant dans son article 15 la prescription de l'état des meubles et la prohibition des donations de biens à venir, exceptait formellement de la disposition de cet article les donations par contrat de mariage (1).

90 *bis*. II. La nullité pour défaut d'état estimatif est une nullité de forme, qui, de sa nature, n'est pas susceptible de ratification

(1) V. ord. de 1731, art. 15 et 18.

(V. art. 1339), et qui, par conséquent, ne se couvre pas par l'exécution volontaire. On ne saurait, donc, admettre d'une manière générale qu'une donation faite par acte et non accompagnée d'état estimatif, devienne inattaquable par l'effet de la tradition qui l'aurait suivie. C'est à dessein, en effet, que le législateur n'a point reproduit la disposition de l'ordonnance qui bornait la nullité pour défaut d'état aux donations ne contenant pas tradition réelle (1). Sa pensée, à cet égard, est manifeste, car la restriction au cas où il n'y aurait pas tradition réelle, avait été proposée par la section de législation, et a été, sur l'observation de M. Tronchet, retranchée dans la rédaction définitive (2).

Toutefois, je n'entends pas dire que la tradition, insuffisante pour confirmer l'acte de donation, ne puisse pas ici, comme dans tout autre cas de nullité, suffire pour constituer par elle-même une donation nouvelle (3). Mais, pour cela, il faudra que les choses qui faisaient l'objet de l'acte nul soient susceptibles de don manuel; ce qui, de l'aveu de tous, ne peut s'appliquer qu'au mobilier corporel (4). Or, comme la disposition de notre article 948 s'applique à tout acte de donation d'*effets mobiliers,* la nullité qu'il prononce subsistera incontestablement, nonobstant toute tradition, si ce sont des objets incorporels, *puta* des rentes, qui font l'objet de la donation.

90 *bis.* III. L'état requis doit être estimatif; autrement le donateur se réserverait de fait le pouvoir de détériorer. Toutefois, l'estimation serait sans objet, et dès lors ne saurait être prescrite si la chose donnée porte en elle-même son estimation, comme la créance d'une somme fixe. L'état doit demeurer annexé à la donation, ce qui suppose un état dressé séparément; mais, évidemment, on ne se conformerait que mieux à la pensée du législateur, si cet état était renfermé dans l'acte même.

90 *bis.* IV. La nullité pour défaut d'état ne s'applique qu'aux objets pour lesquels cette formalité était prescrite et a été omise. Ainsi l'inexactitude de l'état n'empêcherait pas la donation de

(1) V. ord., art. 15.

(2) V. projet de la section de législation, art. 52, observations de M. Tronchet, séance du 19 ventôse an XI (Fenet, t. 12, p. 370-373).

(3) V. ci-dessus n. 70 *bis.* II.

(4) V. ci-dessus n. 3 *bis.* II.

valoir pour les objets compris dans cet état. A cet égard les termes de la loi, adoptés sur l'observation du tribunat (1), ne laissent lieu à aucune équivoque.

91. Toute réserve sur les biens donnés n'est pas une contravention à la maxime *donner et retenir ne vaut;* on peut, en donnant, se réserver l'usufruit ou l'attribuer à un autre. En effet, il n'y a pas moins dépouillement actuel et irrévocable, quant à la propriété. V. art. 949.

91 *bis.* L'article 949 permet au donateur de faire la réserve à son profit ou de disposer au profit d'un tiers de la *jouissance* ou de l'*usufruit* des biens donnés. Je doute que dans l'emploi de ces deux expressions, *jouissance* et *usufruit*, on ait entendu exprimer une idée différente. Quoi qu'il en soit, il est certain que la réserve au profit du donateur ou la constitution au profit d'un tiers, pourrait s'appliquer également soit à l'usufruit proprement dit, soit au droit d'usage ou d'habitation, soit à la jouissance à titre d'antichrèse de louage ou de commodat. Dans aucun de ces cas, en effet, on ne saurait voir une contravention au principe *donner et retenir ne vaut.*

Il est bien vrai que toutes ces réserves, comme en général la retenue de la possession, laissent le donateur à même d'attenter par des abus au droit du donataire, mais il serait responsable de ces abus, et cela suffit pour sauver le principe (2), quelque illusoire d'ailleurs que puisse devenir sa responsabilité. Il est même bien à remarquer qu'en sa qualité de donateur, il est dispensé de donner la caution que la loi exige en général de l'usufruitier (art. 601).

92. L'usufruit, dans ce cas, étant soumis aux règles ordinaires, il est clair que s'il s'agit d'effets mobiliers, le donateur ne sera obligé de les rendre que dans l'état où ils se trouveront, non détériorés toutefois par son dol ou par sa faute (art. 589); mais s'il ne les représente pas, il en devra l'estimation, suivant l'état qui aura dû être annexé à la minute. V. art. 950.

92 *bis.* I. La loi ne dit ici rien de particulier en ce qui concerne

(1) V. observations du tribunat sur l'article 60 (Fenet, t. 12, p. 453).

(2) V. ci-dessus n. 85 *bis.* II.

l'usufruit des immeubles; il y a lieu, dès lors, de se référer au droit commun. Nul doute, en conséquence, que le donateur, comme tout autre usufruitier, ne soit tenu, si le donataire l'exige, de faire dresser l'état prescrit par l'article 600. Quant aux meubles, il est clair que l'état estimatif, prescrit par l'article 948, tient lieu de l'inventaire également prescrit par l'article 600. Mais nous devons remarquer le soin particulier que prend ici la loi de proclamer l'obligation, pour le donateur ou pour ses héritiers, de rendre sur le pied de l'estimation la valeur des objets non existants. Ce n'est pas que la règle ne me paraisse, en général, applicable à tous les cas d'usufruit (1), si les meubles ont été, comme ils ont dû l'être, inventoriés et estimés (V. art. 601, et C. pr., 943-3°). Mais ici la règle est absolue, commandée qu'elle est plus spécialement par le principe *donner et retenir ne vaut.*

92 *bis.* II. Cette règle, au surplus, ne me paraît ici, comme au cas de l'article 453, où elle est également appliquée, que la sanction efficace de l'obligation de représenter en nature, suite de celle de conserver imposée à tout usufruitier (V. art. 578). Cette sanction est rigoureuse, car l'estimation primitive due par l'usufruitier sera ordinairement supérieure à la valeur qu'auraient actuellement les effets mobiliers, s'ils étaient représentés; mais c'est là une peine de sa faute, peine qui, d'ailleurs, n'est que strictement juste, si, comme on peut l'en soupçonner, il a aliéné au temps où ils avaient toute leur valeur, les objets qu'il ne représente pas. Quoi qu'il en soit, s'il n'y a là, comme je le pense, qu'une sanction de l'obligation de restituer, cette sanction doit cesser quand cesse l'obligation elle-même; il est évident, dès lors, qu'elle ne devrait pas s'appliquer, si l'usufruitier justifiait d'une perte par cas fortuit ou force majeure. C'est dans le même sens et d'après les mêmes principes que j'ai déjà décidé la question au cas de l'article 453 (2).

93. Pareillement, ce n'est pas donner et retenir, que de stipuler le retour pour le cas de prédécès, soit du donataire seul, soit du donataire et de sa postérité : car la condition du prédécès est indépendante de la volonté du donateur. Mais la

(1) V. t. 2, n. 428 *bis.* II.

(2) V. t. 2, n. 211 *bis.* III.

stipulation du retour, au profit de tout autre que le donateur, équivalant presque à une substitution, la loi la prohibe expressément. V. art. 951.

93 *bis*. I. La stipulation de *retour*, comme le mot même l'indique, tend à faire rentrer dans le patrimoine les biens qui en ont été distraits au profit du donataire. Sous ce rapport elle se distingue essentiellement de la substitution, qui tend à établir un ordre successif dans lequel le grevé peut toujours, au moins dans une certaine mesure, être envisagé comme un canal pour faire arriver les biens au substitué. A ce point de vue on s'explique parfaitement que la loi qui prohibe les substitutions annulle la disposition même qui en est grevée. Mais il n'y aurait aucune raison pour appliquer cette nullité à la donation dans laquelle le *retour* aurait été stipulé contre le prescrit de la loi, mais au profit des personnes auxquelles l'idée de retour pourrait exactement s'appliquer, *puta* au profit des enfants du donateur ou de ses héritiers d'une certaine classe. Une pareille stipulation, j'en conviens, si elle devait s'exécuter, entraînerait tous les inconvénients d'une substitution, c'est pour cela que la loi la prohibe. Mais on ne pourrait jamais voir dans le donataire un canal pour faire arriver les biens à leur destination ultérieure, puisque le retour ne tendrait toujours qu'à faire revenir les biens à leur point de départ, c'est-à-dire dans le patrimoine dont ils feraient partie s'ils n'avaient pas été donnés. Cela posé, et en renfermant bien entendu l'application de notre règle dans le cas d'une stipulation de retour proprement dit, on ne doit pas hésiter à appliquer ici purement et simplement la disposition de l'article 900, qui considère comme non écrites les conditions contraires aux lois (1).

93 *bis*. II. Le droit improprement qualifié retour légal, qui est établi en faveur des ascendants donateurs, l'est uniquement pour le cas où le donataire est *décédé sans postérité ;* et la jurisprudence en conclut, quelque regrettable d'ailleurs que puisse paraître cette rigueur, que l'existence de la postérité au décès du donataire fait défaillir complétement le droit de l'ascendant, sans qu'il puisse se rouvrir par le prédécès de cette postérité (2). Mais le retour con-

(1) V., au surplus, ci-dessus n. 10 *bis*. IX.

(2) V. t. 3, n. 56 *bis*. X.

ventionnel n'est pas renfermé dans des limites aussi étroites. En effet, la loi, qui permet expressément de le stipuler pour le cas *de prédécès du donataire et de ses descendants*, embrasse également dans ses termes et le prédécès du donataire sans descendants qui lui survivent, et le prédécès de ses descendants après qu'ils lui ont survécu, et qu'ils ont recueilli dans sa succession le bien donné sous cette condition résolutoire. Au reste, l'effet des deux clauses n'en est pas moins distinct et fort différent. Au premier cas, en effet, l'existence d'enfants au décès du donateur ferait défaillir définitivement le droit de retour qui, au second cas, au contraire, s'exercerait si les enfants qui ont survécu à leur père venaient à mourir ensuite avant le donateur. Quoi qu'il en soit, je crois, dans l'une ou l'autre hypothèse, qu'on doit considérer comme non existants les enfants du donataire s'ils renoncent à sa succession.

93 *bis*. III. Celui qui stipule le retour à son profit manifeste clairement l'intention, tout en préférant le donataire à lui-même, de se préférer aux héritiers du donataire, ou du moins aux héritiers autres que des descendants. Aussi, sous l'empire de la législation, qui admettait la mort civile, n'hésitais-je pas à décider que la mort civile du donataire donnait ouverture au droit de retour. Non certainement que ce funeste événement fût entré sous le nom de *prédécès* dans la prévision des parties, mais parce que la mort civile ouvrait la succession et aurait fait passer le bien donné aux héritiers, effet que la clause du retour avait précisément pour objet d'exclure. C'est ainsi, et toujours par le motif de l'intention évidente des parties, que la mort civile donnait ouverture aux gains de survie (article 25), et notamment au préciput (art. 1517).

93 *bis*. IV. Quand le retour n'est pas stipulé pour le simple cas de prédécès du donataire, mais pour le cas de prédécès du donataire et de sa postérité, il est évident que le donateur accorde la préférence sur lui-même, non-seulement au donataire, mais à toute la postérité de celui-ci. D'où je tire hardiment cette conséquence : que le retour n'aura pas lieu tant qu'il restera un descendant du donataire appelé à profiter de la donation. Lors donc qu'après la mort du donataire laissant plusieurs enfants, entre lesquels s'est partagé l'objet donné, l'un d'eux vient à mourir sans enfants et a pour seuls héritiers ses frères, sœurs ou neveux, issus comme lui du donataire, le droit ne s'exercera pas sur la part du défunt, au

préjudice du droit de succession desdits frères, sœurs ou neveux. Ce ne serait alors qu'au décès du dernier d'entre eux mourant sans postérité que le droit s'ouvrirait, et s'ouvrirait, bien entendu, pour le tout. Mais si l'enfant ou descendant du donataire, qui meurt avant les autres sans postérité, n'a pas pour seuls héritiers ses frères et sœurs, neveux ou oncles, issus du donataire, *puta* si sa succession appartient en partie au survivant des père et mère (article 749) ou à des frères d'un seul côté (V. art. 753, 752), ou si ses oncles y sont appelés en concours avec des parents de l'autre ligne, il me paraît évident que l'obstacle apporté à l'exercice du droit de retour par l'existence des héritiers issus du donataire ne doit point profiter aux héritiers d'une autre origine. Ainsi, il y aura lieu pour régler la part effective de ces derniers dans la succession à en distraire les objets provenant de la donation. Cela posé, il restera seulement à savoir si les objets ainsi distraits appartiendront en entier aux cohéritiers issus du donataire, ou s'il ne convient pas plutôt de les faire retourner au donateur pour la part qu'y auraient, sans la clause de retour, les héritiers que leur qualité ne soustrait pas à l'effet de cette clause, et de les laisser recueillir pour le surplus seulement par les héritiers issus du donataire. C'est ce dernier parti que j'ai seul indiqué quand j'ai traité la même question au sujet du retour légal accordé à l'adoptant par l'article 352 (1). Et c'est à celui-là, je crois, qu'il faut se tenir; car, je ne vois pas à quel titre ceux dont l'existence fait obstacle au droit de retour pourraient s'attribuer au delà de leur part héréditaire des biens qui ont effectivement appartenu au défunt, et qu'ils ne peuvent avoir qu'à titre d'héritiers.

93 *bis*. V. Au reste, sous le nom de postérité du donataire faisant obstacle à l'exercice du retour conventionnel il ne faut comprendre en principe ni la postérité adoptive ni la postérité simplement naturelle. Pas plus en effet dans les dispositions de l'homme que dans celles de la loi, je ne puis consentir à étendre à la filiation adoptive ou naturelle les effets de la filiation proprement dite, si l'on ne s'en est formellement expliqué. Les motifs qui m'ont fait m'éloigner de cette règle en matière de retour légal n'ont évidemment ici aucune application.

(1) V. t. 2, n. 87 *bis*.

94. La clause de retour soumet la donation à une condition résolutoire. Si cette condition s'accomplit, il y a lieu d'appliquer aux aliénations faites par le donataire, et aux charges créées de son chef, la maxime *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* Cependant le don fait à un mari par contrat de mariage ayant dû être considéré par la femme et par la famille de la femme comme une garantie de la dot et des conventions matrimoniales, la loi dans ce cas réserve à celle-ci, nonobstant le retour, une hypothèque subsidiaire, mais seulement pour les droits qui résultent, en sa faveur, du même contrat. V. art. 952.

94 *bis.* I. La réserve de l'hypothèque subsidiaire au profit de la femme n'est qu'une conséquence de la promesse tacite de garantie et n'a lieu dès lors qu'en vertu de la volonté présumée du donateur. Il est donc évident que cette réserve n'aurait lieu que sauf convention contraire. Que si la volonté du donateur peut refuser ou restreindre cette réserve, elle pourrait également l'étendre, soit au profit de créanciers autres que la femme, soit au profit de la femme elle-même, en appliquant son hypothèque à d'autres droits que ceux qui sont ici spécifiés, ou l'accordant sans la condition d'insuffisance des autres biens du mari. Le donateur, en effet, ayant pu donner sans clause de retour, on ne sait pourquoi il n'aurait pas pu, tout en stipulant le retour, en diminuer l'effet dans l'intérêt des personnes quelconques qu'il veut favoriser. Mais ce n'est qu'au profit de la femme qu'a lieu la réserve tacite.

94 *bis.* II. L'hypothèque tacitement réservée en faveur de la femme ne s'applique qu'à sa dot et à ses conventions matrimoniales. Sous le nom de *dot*, il faut, sous quelque régime que ce soit, comprendre les biens présents ou futurs qui, apportés par la femme au mari pour soutenir les charges du mariage, doivent être administrés par lui et restitués ensuite à la femme (V. art. 1540). Quant aux conventions matrimoniales, je ne vois pas de raison pour ne pas ranger sous ce nom même les stipulations de préciput ou autres gains de survie. Mais la réserve d'hypothèque ne s'appliquerait point aux autres reprises ayant pour cause, non la convention matrimoniale, mais un acte purement volontaire de la femme, telle qu'obligation contractée pour le mari, ou aliénation de propre.

94 *bis*. III. La réserve n'étant accordée que sous la condition d'insuffisance des autres biens, c'est évidemment à la femme à justifier de cette insuffisance en les discutant à ses frais. Du même principe il est permis de conclure que la femme ne pourrait s'appliquer l'effet de la réserve si c'était par sa faute que les biens du mari fussent devenus insuffisants (V. à ce sujet art. 2037). Toutefois, il serait, je crois, trop rigoureux de refuser le recours à la femme par cela seul qu'elle aurait laissé purger, faute d'inscription dans le délai fatal, son hypothèque sur un bien du mari, aliéné pendant le mariage (V. art. 2194, 2195). Car son état de femme mariée, qui lui fait accorder en général la dispense d'inscription (V. art. 2135), explique et justifie jusqu'à un certain point son inaction. Et rien d'ailleurs n'empêchait le donateur, dans l'intérêt du plein exercice de son droit de retour, de veiller à ce que l'hypothèque de la femme fût inscrite dans le délai utile. En supposant même, en effet, qu'il n'eût pas qualité pour requérir lui-même cette inscription, il pouvait s'adresser pour cela au procureur impérial (art. 2138, 2194).

SECTION II.

Des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

95. Indépendamment de la révocation qui s'opère par l'effet de la clause de retour (art. 951, 952), ou par l'effet de toute autre condition résolutoire non prohibée, la loi elle-même admet trois exceptions au principe de l'irrévocabilité : ces exceptions s'appliquent, 1° au cas d'inexécution des conditions (art. 954, 956); 2° au cas d'ingratitude (art. 955-959), 3° au cas de survenance d'enfant (art. 960-966). Voyez art. 953.

95 *bis*. Nous prenons ici le mot *révocation* dans un sens large, comprenant tout événement qui, faisant cesser l'effet de la donation, fait rentrer le bien dans le patrimoine du donateur, et cela sans distinguer si c'est ou non par un acte de la volonté du donateur que cet effet s'opère. En ce point, nous nous conformons au langage du législateur qui appelle révocation la résolution produite

par la survenance d'enfant. C'est à ce point de vue que nous indiquons aussi, comme cause de révocation, la stipulation ou clause de retour, dont il vient d'être parlé.

Cela posé, nous devons remarquer que les trois causes ici indiquées ne sont pas de même puissance pour opérer la révocation, puisqu'une seule d'entre elles, la survenance d'enfants, l'opère de plein droit (V. art. 956 et 960). La révocation qui n'a pas lieu de plein droit ne s'opère que par la sentence du juge. D'où il suit qu'elle peut être évitée quand la cause vient à cesser, même après la demande formée, tant que la sentence n'est pas rendue, elle ne peut, d'ailleurs, être réclamée que par le donateur ou ses ayant cause.

Au contraire, quand la révocation s'opère de plein droit, il peut bien y avoir lieu à recourir à la justice lorsque le fait qui l'a produite est nié ou que le donataire refuse d'abandonner la possession. Mais alors la sentence est purement déclarative de la révocation antérieurement opérée; cette déclaration, au surplus, devrait intervenir sur la demande de toute personne intéressée à prétendre que le donataire n'est pas propriétaire. Elle devrait intervenir sans égard aux faits postérieurs à l'événement qui a produit la révocation, quand même ces faits sembleraient en faire cesser le motif.

96. La première cause de révocation est l'inexécution des conditions : cas qu'il ne faut pas confondre avec celui d'une condition suspensive qui viendrait à défaillir. Alors, en effet, il n'y a pas révocation d'un droit qui n'a pas commencé, mais simple évanouissement d'une espérance qui, par événement, ne peut plus se convertir en droit. C'est comme on voit une idée toute différente de celle qui est ici appliquée.

Ce qu'on entend par *conditions* dont l'inexécution donnerait lieu à révocation, ce sont les charges qui accompagnent la donation, et qui en sont en effet la *condition*, en ce sens que le maintien de la donation dépend de leur accomplissement. Cela revient à dire que la donation avec charges est par là même soumise à une condition résolutoire du même genre que celle qui est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques (art. 1184). Ici, du reste, pas plus que là,

il n'y a lieu à résolution de plein droit (art. 956). La donation subsiste donc avec tous ses effets tant que la révocation n'en est pas demandée par ceux qui ont qualité, c'est-à-dire, par le donateur, ses héritiers ou ayant cause. Bien plus, il ne paraît pas douteux que le donataire ne conserve jusqu'au jugement le moyen d'éviter la résolution, en exécutant les conditions; et qu'il ne puisse même obtenir du juge un délai, suivant les circonstances. V. art. 1184.

96 *bis*. I. Le donateur qui impose des charges est censé ne point vouloir donner si les charges ne sont pas accomplies. Ce point de vue est commun à la donation et au contrat synallagmatique, dans lequel chacun des contractants ne s'est obligé qu'en vue des engagements de l'autre et n'a pas voulu dès lors être obligé si l'autre partie manque à son engagement. Mais outre la faculté de faire résoudre, il existe pour le contractant un autre droit, c'est celui de forcer à l'exécution de l'engagement qui a été contracté envers lui. Cette exécution, en effet, est le but principal qu'il s'est proposé en contractant, but qu'il ne doit pas manquer d'atteindre par la faute ou la mauvaise volonté de l'autre partie. De là le choix réservé par l'article 1184. Mais ces principes ne s'appliquent point à la donation, acte essentiellement unilatéral que notre législateur n'a pas même voulu désigner sous le nom de contrat, et qui, d'après la définition qu'il en donne, a pour but principal, pour but unique de dépouiller le donateur (V. art. 894). On ne peut donc, ni par application directe de l'article 1184 qui ne concerne que les contrats, ni par analogie avec le cas de cet article, accorder action au donateur pour l'exécution des charges. Son unique droit, c'est en vertu de l'article 953 d'agir en révocation.

96 *bis*. II. Toutefois, en le décidant ainsi en principe, je n'entends pas refuser absolument au donateur l'action tendant à obtenir l'exécution des charges, lorsqu'il apparaîtra de son intention à cet égard. Il est vrai qu'une pareille stipulation altérera jusqu'à un certain point le caractère de l'acte qui cessera par là d'être une pure donation. Mais le caractère mixte qu'il revêtira n'en empêchera point la validité et n'en fera pas même défaillir complétement la nature, si l'intention principale a été celle de donner.

Ainsi les autres règles des donations lui resteront applicables, soit quant au fond, soit quant à la forme; mais dans cette donation sera accessoirement renfermé un contrat à titre onéreux, de même qu'une donation peut, comme nous l'avons dit plus haut, être renfermée dans un contrat à titre onéreux (1).

Ce point de vue, au reste, permettant de considérer comme prix de vente les charges *pécuniaires* dont le donateur s'est réservé le droit d'exiger la prestation, je ne ferais aucune difficulté d'appliquer là le privilége du vendeur (V. art. 2103).

96 *bis*. III. Si, comme je le pense et comme on doit l'induire, par analogie de l'article 1184, la révocation pour cause d'inexécution des conditions est la conséquence d'une condition résolutoire sous-entendue dans la donation, il faut bien reconnaître que l'action en révocation a sa base dans la convention même des parties (2). D'où il suit que cette action, qui n'a d'ailleurs rien de commun avec une action en rescision, doit avoir la durée ordinaire de trente ans à partir de l'inexécution (art. 2262, 2257). En m'attachant à ce point de vue, je n'hésite pas non plus à dire que l'action peut être cédée, non-seulement avant d'être intentée, mais avant même le fait d'inexécution qui donnerait lieu à l'intenter. Et par la même raison j'accorderais sans difficulté aux créanciers du donateur le droit de l'intenter en son nom, aux termes de l'article 1166.

96 *bis*. IV. Quoique, aux termes de l'article 956, la révocation pour cause d'inexécution des conditions ne doive *jamais* avoir lieu de plein droit, j'ai peine, je l'avoue, à entendre cette règle dans un sens plus strict que la règle analogue contenue en l'article 1184, et à voir là l'exclusion de la faculté de stipuler la résolution de plein droit. Je ne trouve, en effet, dans les principes particuliers à la donation, notamment dans la règle *donner et retenir ne vaut*, rien qui s'oppose à la validité de cette stipulation. Tout ce qui paraît raisonnable et conforme aux principes généraux de notre droit sur la mise en demeure, c'est d'appliquer à la stipulation de résolution insérée dans une donation, le tempérament admis par l'article 1656, pour le cas où cette stipulation se trouve dans une

(1) V. ci-dessus n. 3 *bis*. V.

(2) V. au contraire M. Coin de l'Isle sur l'art. 954, n. 4-11.

vente. Il en résultera que, de droit commun, la stipulation de résolution de plein droit ne fera point encourir cette résolution par la seule échéance du terme dans lequel les conditions devaient être exécutées. Cela même, au reste, n'étant selon moi que l'application de la règle générale de l'article 1139 sur la mise en demeure, je ne vois pas pourquoi, conformément à cet article, on ne réserverait pas l'effet de la convention contraire; conséquemment, soit pour le cas de vente, soit pour le cas de donation, j'admettrais la résolution sans sommation s'il y avait stipulation expresse à cet égard.

96 *bis*. V. Quoi qu'il en soit, toute cette discussion n'a trait qu'à la résolution pour inexécution des conditions. Il est d'ailleurs évident qu'une donation peut être soumise à toute autre condition résolutoire, et je ne vois pas sur quoi l'on se fonderait pour refuser à l'événement de la condition l'effet de résoudre de plein droit.

97. La révocation pour inexécution des conditions étant, comme on l'a dit, l'effet d'une condition résolutoire, il y a lieu d'appliquer là le principe *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, et de faire évanouir, en conséquence, avec le droit du donataire, les aliénations qu'il aurait consenties ou les charges réelles créées par lui ou nées de son chef. V. art. 954.

97 *bis*. L'inexécution des conditions faisant défaillir la volonté de donner, semble rendre sans cause la jouissance qu'a eue le donataire jusqu'à la révocation prononcée. N'en faut-il pas conclure que l'effet rétroactif de la condition doit ici être complet, et soumettre en conséquence le donataire à la restitution des fruits? Bien entendu, au reste, que dans ce système il faudrait tenir compte au donataire qui aurait exécuté en partie les conditions, *puta* en servant pendant un certain temps la rente dont il était chargé, il faudrait, dis-je, lui tenir compte des sommes par lui payées et en faire déduction sur les fruits qu'il aurait à rendre. Mais je crois plutôt qu'ici, pas plus que dans tout autre cas de résolution, il n'y a lieu à restitution de fruits. Selon moi, en effet, la rétroactivité des conditions, soit suspensives, soit résolutoires, n'a trait qu'aux aliénations ou constitutions de droits réels qui pourraient émaner du propriétaire intérimaire. Quant à la jouissance, elle me paraît appartenir de droit au propriétaire commutable et ne cesser que pour

l'avenir par l'événement qui lui fait perdre la propriété. A plus forte raison faut-il admettre cette doctrine et réserver les fruits au propriétaire intérimaire lorsqu'il s'agit, comme ici, d'une résolution qui ne s'opère pas de plein droit. Car tant que l'action n'est pas intentée, le donataire peut être au moins considéré comme possesseur de bonne foi, en ce sens qu'il ignore si cette action sera en effet intentée. Au reste, quoique la résolution ne s'opère véritablement que par la sentence du juge, je n'hésite pas à dire qu'ici, comme au cas de révocation pour cause d'ingratitude, la restitution des fruits sera due à partir de la demande.

98. Toute donation engageant le donataire à la reconnaissance, il est juste de punir l'ingrat par la perte du bienfait. La loi spécifie et limite à trois les causes de révocation pour ingratitude : 1° l'attentat à la vie ; on n'exige pas ici, comme pour l'indignité, qu'il soit suivi de condamnation ; 2° les sévices, délits et injures graves, ce qui comprend les atteintes portées à la sûreté, à la propriété et à l'honneur de la personne ; 3° le refus d'aliments. On doit reconnaître en principe que le donataire est obligé d'en fournir au donateur dans le besoin, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur du bien donné ; il en résulte naturellement que le donateur jouit, sous certain rapport, du bénéfice de *compétence*, à l'égard du donataire (v. *Just.*, Inst., § 38, *De act.*). V. art. 955.

98 *bis*. I. La révocation pour cause d'ingratitude n'est pas, comme la révocation pour inexécution des conditions, basée sur une condition résolutoire tacite ; car le fait d'ingratitude n'a pas même dû être prévu au moment de l'acte. La révocation ici est une peine établie en réparation de l'offense commise ; cette réparation est offerte à l'offensé dès qu'intervient le fait qui y donne lieu ; mais elle ne lui est pas acquise sans un acte de sa volonté, ce qui lui laisse la faculté de pardonner ; cela sert à expliquer et la nécessité d'une action en justice (art. 957) et le caractère tout personnel de cette action, et la brièveté du temps donné pour l'intenter (art. 957). Cela explique aussi le maintien des aliénations ou constitutions de charges réelles faites par le donataire jusqu'à la demande et même jusqu'à la publication de cette demande (art. 958).

98 *bis*. II. Ainsi expliquée, la révocation des donations pour cause d'ingratitude présente quelque analogie avec l'exclusion des successions pour indignité. Cette analogie consiste dans le caractère pénal qui leur est commun, et qui peut dès lors entraîner pour les deux cas les mêmes conséquences (1). Mais nous parlons uniquement des conséquences de ce caractère pénal, et je n'entends nullement dire que l'exclusion pour indignité soit fondée, comme la révocation des donations, sur l'idée de réparation d'une offense rémissible par le pardon. A cet égard, les règles des deux matières sont très-différentes, notamment en ce qui concerne la qualité pour intenter l'action et la durée de l'action (2). Nous verrons aussi que les effets de la révocation contre l'ingrat ne sont pas aussi complets que ceux de l'exclusion contre l'indigne. Au reste, les cas d'ingratitude donnant lieu à révocation sont, comme les causes d'indignité, limitativement déterminés par la loi; mais ces cas, d'ailleurs, ne sont pas identiques, et il faudrait se garder, en rapprochant les deux articles 727 et 955, de suppléer dans l'un ce qui est exprimé dans l'autre. On s'explique, en effet, que des torts envers le bienfaiteur puissent suffire pour entraîner la privation du bienfait, sans que les mêmes torts envers l'auteur doivent faire priver de la succession attribuée par la loi. D'autre part, on comprend aussi que le titre d'héritier impose certaines obligations qui ne s'attachent pas pour cela au titre de donataire.

98 *bis*. III. Le premier cas d'ingratitude et le plus grave de tous est l'attentat à la vie. C'est aussi la première cause d'exclusion pour indignité; car évidemment l'expression *attenter à la vie* exprime exactement la même idée que l'expression *donner ou tenter de donner la mort*. Mais pour qu'il y ait lieu à l'exclusion, l'attentat doit avoir été suivi de condamnation, tandis qu'ici cette condition n'est pas exigée. Il en résulterait que la prescription qui soustrairait le coupable à la condamnation (C. inst. crim., art. 637) rendrait impossible l'application de l'exclusion pour indignité, mais qu'elle n'empêcherait point d'intenter l'action en révocation si la prescription particulière à cette action n'est point accomplie (3), ce

(1) V. t. 3, n. 37 *bis*. II, et 38 *bis*. IV.

(2) V. t. 3, n. 37 *bis*. III et IV.

(3) Là ne s'appliquerait pas le principe qui soumet l'action civile à la même prescription que l'action publique (C. instr. crim., art. 637), car l'action civile qu'a

qui, au surplus, est possible; car, l'attentat commis depuis plus de dix ans pourrait n'être pas connu depuis un an par le donateur. Cela se concevrait, notamment, au cas de tentative d'empoisonnement.

Sauf cette différence, les termes des deux articles 727-1° et 945-1° étant vraiment identiques, il faut appliquer à l'un les explications données sur l'autre (1). Ainsi, le meurtre même excusable est un attentat à la vie, qui serait également cause d'exclusion de la succession et de révocation de donation. Quant aux faits qui auraient amené la mort sans intention de la produire, ils ne rentrent pas dans l'idée d'attentat à la vie, et ne constitueraient pas dès lors une cause d'indignité. Mais s'ils constituent un *délit,* ils pourraient être une cause de révocation, non en vertu du n° 1, mais en vertu du n° 2 de notre article. Nous allons voir, d'ailleurs, quelle latitude à cet égard devrait être réservée aux juges.

98 *bis*. IV. Le second cas d'ingratitude est complexe et se compose de trois catégories de faits : *Sévices, délits ou injures graves.* Par *sévices* il faut entendre les mauvais traitements contre la personne physique, soit qu'ils entraînent ou non pénalité; par *délits,* les infractions réprimées par la loi pénale, ce qui comprend également les crimes ou délits contre les personnes, et les crimes ou délits contre les propriétés. Enfin, les injures sont les atteintes portées à l'honneur et à la considération de la personne. Le mot *sévices,* par son étymologie, implique l'idée de cruauté, de rigueur barbare : tout fait qui porte ce caractère est cause de révocation. Quant aux injures, il faut qu'elles soient graves; cette gravité s'appréciera suivant les circonstances. Le sens grammatical permet aussi d'appliquer aux délits la condition de gravité. Toutefois, si l'on considère que les mots *injures graves* n'ont été ajoutés qu'après coup au mot *délits*, qui se trouvait dans le projet de la section de législation, et qui ne donna lieu à aucune discussion (2), il est plus probable que c'est aux injures seules que fut appliqué, dans la pensée du législateur, l'adjectif *grave.* Quoi qu'il en soit, je ne

en vue l'article 637 est l'action ordinaire en dommages et intérêts; mais cela n'a pas trait aux actions particulières que le droit civil fait dériver du même fait.

(1) V. t. 3, n. 35 *bis*. III et IV.

(2) V. projet de la section de législation, art. 58, discussion sur cet article (Fenet, t. 12, p. 371 à 374).

puis croire que tout fait, par cela seul qu'il constitue un délit dans la loi pénale, doive être considéré comme fait d'ingratitude, car l'ingratitude consiste dans une volonté perverse. Or, on ne saurait trouver ce caractère dans un délit commis par imprudence, quelque funestes qu'en aient été les suites; et lors même que le fait serait imputable à la volonté, le préjudice peut être tellement léger qu'il n'annonce pas cette perversité d'intention qui constitue l'ingratitude : tel serait, par exemple, un délit de chasse. Ma pensée est donc que le délit peut être cause de révocation, qu'il soit commis contre la personne du donateur ou contre sa propriété, mais que dans l'un comme dans l'autre cas il ne sera cause de révocation qu'autant que les juges y trouveront une preuve d'ingratitude.

98 *bis*. V. N'est-ce pas se rendre coupable d'injure envers la personne que de faire injure à sa mémoire? La loi elle-même semble l'entendre ainsi lorsque, voulant autoriser pour cette dernière cause la révocation des dispositions testamentaires, elle se borne d'abord à se référer à l'article 954 et aux deux premières dispositions de notre article 955, et ne fait ensuite une mention particulière de l'injure à la mémoire que pour déterminer le délai dans lequel l'action alors devra être intentée (V. art. 1046 et 1047). Ainsi, dans la pensée du législateur, l'injure à la mémoire est comprise dans les termes de l'article 955, comme cause de révocation des donations entre-vifs, et cela, en effet, est juste; car l'offense à la mémoire du bienfaiteur n'est pas moins que l'offense à la personne vivante un acte d'ingratitude. On objecte que ce fait d'injure étant postérieur à la mort du donateur, l'action en révocation n'a pu naître dans la personne de celui-ci. Or, dit-on, l'action en révocation des donations entre-vifs est essentiellement attachée à la personne du donateur; et si, par exception, la loi en accorde l'exercice à ses héritiers, il faut pour cela que, née dans sa personne, il ait pu la leur transmettre. Mais c'est là, selon moi, une pure pétition de principe; et dès l'instant que la loi accorde aux héritiers, sous les conditions qu'elle détermine, le droit d'intenter l'action qu'il n'a pas lui-même commencée, je ne vois pas de bonne raison pour distinguer à cet égard entre le délit commis de son vivant et le délit commis après sa mort. Tels sont les motifs qui me déterminent à décider, contre l'opinion de plusieurs (1), que l'injure faite à la

(1) V. au contraire M. Troplong, t. 3, n. 1312; M. Coin de l'Isle, art. 957, n. 17.

mémoire du donateur peut donner lieu à la révocation des donations. Mon sentiment, au reste, est conforme à celui de Pothier (1).

98 *bis*. VI. Ce point admis, ne pourrait-on pas, suivant les cas, voir une injure grave à la mémoire dans l'indifférence du donataire qui, instruit du meurtre du donateur, négligerait de le dénoncer? Je ne voudrais pas, en effet, repousser absolument ce point de vue; mais ce n'est point à dire que l'on doive en principe appliquer à la révocation des donations la seconde cause d'indignité établie par l'article 757-2°. Car le titre de donataire n'impose point nécessairement les mêmes devoirs que celui d'héritier.

98 *bis*. VII. Justinien n'avait pas compris expressément le refus d'aliments au nombre des causes de révocation pour ingratitude (V. L. 10, Cod., *De rev. don.*). Et, toutefois, comme le bénéfice de compétence dont jouissait le donateur lui aurait certainement permis de retenir des aliments sur la donation non encore exécutée, on en concluait assez généralement qu'il avait droit d'en obtenir s'il tombait dans le besoin après l'exécution : d'où la conséquence que le donateur ne pouvait, sans ingratitude, se soustraire à cette obligation. Le Code, sans s'expliquer d'ailleurs sur l'obligation de fournir les aliments, qui ne pourrait aujourd'hui se baser sur le bénéfice de compétence inconnu dans notre droit (2), se borne à proclamer, comme cas de révocation pour cause d'ingratitude, le refus d'aliments, ce qui, du reste, suppose qu'il est obligé à en fournir. Mais à quel cas précis et dans quelle mesure cette obligation doit-elle être appliquée? C'est ce que la loi n'a point déterminé. Deux propositions seulement sont évidentes, c'est que le droit d'obtenir des aliments n'appartient qu'au donateur dans le besoin, et que la mesure de l'obligation ne peut dépasser la valeur du bien donné. Dans ces limites, les juges doivent, je crois, jouir de toute latitude pour se déterminer suivant les circonstances. J'entends, en conséquence, 1° qu'il leur appartient de décider si et jusqu'à quel point l'obligation imposée au donataire doit se combiner avec l'obligation du même genre imposée aux membres de la famille du donateur; 2° en cas de résistance totale ou partielle du donataire à la demande du donateur, ils ont à apprécier la moralité de cette résistance, qui pourrait provenir d'erreur, sans constituer

(1) Coutume d'Orléans, introduction au titre XV, n. 116.

(2) V. t. 1, n. 294 *bis*. I et II.

un acte d'ingratitude. Alors donc il leur appartiendrait, en déclarant la résistance mal fondée ou les offres insuffisantes, de fixer la mesure des aliments à fournir, sans prononcer pour cela la révocation de la donation.

99. La révocation dont il s'agit étant une peine prononcée par la loi dans le seul intérêt de l'offensé, qui peut pardonner, il est évident qu'elle ne peut avoir lieu de plein droit. V. art. 956.

99 *bis*. L'article 956 spécifie les deux cas de révocation pour cause d'inexécution des conditions et de révocation pour cause d'ingratitude. Cette précision a été introduite dans les termes de la loi sur l'observation du tribunat (1), pour éviter toute apparence de contradiction avec l'article 960, qui applique, au contraire, au cas de survenance d'enfant, la révocation de plein droit. Cette contradiction, au reste, n'existait pas dans la pensée des rédacteurs de l'article amendé, car leur proposition générale n'avait probablement en vue que la révocation pour cause d'ingratitude. C'est bien, en effet, ce qu'indiquait la place de l'article, et mieux encore l'insertion dans l'article même de la règle relative au délai d'un an (2). Mais, s'il en est ainsi, il y avait lacune en ce qui concernait la révocation pour inexécution des conditions. Et cette lacune se trouve comblée par l'addition du tribunat.

Quoi qu'il en soit, le principe déclaré ici commun aux deux causes de révocation n'entraine pas pour l'une et pour l'autre absolument les mêmes conséquences. L'une, en effet, ayant, comme nous l'avons dit, pour base une condition résolutoire sous-entendue dans la donation, le droit d'invoquer l'effet de cette condition appartient aux héritiers et ayant cause comme au donateur lui-même, et ce droit n'est soumis qu'à la prescription ordinaire. Il en est tout autrement de la révocation pour cause d'ingratitude, qui repose uniquement sur la volonté nouvelle du donateur demandant, à titre de peine et de réparation d'offense personnelle, la déchéance du bienfait qu'il avait conféré.

(1) V. observations du tribunat sur l'article 68 de la rédaction communiquée (Fenet, t. 12, p. 454).

(2) V. deuxième rédaction de la section de législation, art. 68 (Fenet, t. 12, p. 425).

100. Non-seulement l'offensé peut pardonner, mais ce pardon doit se présumer facilement. Aussi la demande doit-elle être formée dans un bref délai. La loi n'accorde qu'une année, qu'elle fait courir du jour même du délit, si le donateur l'a connu ; sinon, du jour où il a pu le connaître. Les peines sont personnelles ; l'action ne peut donc être dirigée contre les héritiers du donataire. L'offense et la réparation étant également personnelles, il eût semblé également naturel de refuser toute action aux héritiers du donateur (v. *Ulp.*, L. 13, *ppio.*, L. 15, § 14, ff. *De injur.*). Toutefois la loi devait nécessairement leur accorder le droit de suivre l'action intentée par leur auteur (v. *Just.*, Inst., § 1, *in fin.*, *De perp. et temp. act.*; *Ulp.*, L. 13, *ppio.*, L. 28, ff. *De injur.*) : mais elle va plus loin, elle leur permet d'intenter eux-mêmes l'action, lorsque le donateur, mort dans l'année du délit, ne peut encore être réputé l'avoir éteinte par le pardon. V. art. 957.

100 *bis*. I. Le caractère déjà indiqué de l'action en révocation pour cause d'ingratitude sert à expliquer et la brièveté de sa durée et la limitation de son exercice entre les deux personnes du donateur et du donataire. Sur l'un et l'autre point la loi adopte ici, mais avec quelques modifications, la règle du droit romain sur l'action d'injure.

100 *bis*. II. La durée est d'un an, à compter du jour où le *délit*, c'est-à-dire le fait quelconque qui autorise la révocation, a été commis, ou a *pu* être connu. Cette règle spéciale s'appliquerait au cas même où le fait en question serait un *crime* ou *délit* proprement dit, à l'égard duquel l'action publique et l'action civile ne se prescriraient que par dix ou trois ans (Instr. crim., art. 637, 638). Ainsi, le droit de faire révoquer pourrait être éteint, quoique le droit de poursuivre à d'autres fins durât encore : comme aussi il pourrait arriver, nous l'avons déjà dit, que le droit de faire révoquer survécût à l'extinction de l'action publique et de l'action civile (1).

100 *bis*. III. Équitablement, le délai semblerait ne devoir courir

(1) V. ci-dessus n. 98 *bis*. III.

que du jour où le donateur a connu effectivement le délit. Cependant la loi le fait courir du jour où il a *pu* le connaître, ce qui n'est pas précisément la même chose. De là, au reste, je conclus seulement que le défendeur, pour faire écarter l'action comme intentée hors du délai, n'a pas absolument besoin de prouver que le donateur connaissait effectivement le délit plus d'un an avant la demande ; il lui suffit de montrer qu'il a pu le connaître ; mais sauf au demandeur à montrer ensuite que, par quelque circonstance particulière, la connaissance, toute possible qu'elle était, ne lui est pas effectivement parvenue, auquel cas c'est le jour de la connaissance effective qui devra nécessairement servir de point de départ.

Voici, au surplus, comment j'entends que les choses doivent se passer : ce sera d'abord au donateur agissant après l'année du délit à prouver, par tous les moyens en son pouvoir, le fait de son ignorance : après quoi le défendeur, s'il trouve la justification insuffisante, aura à prouver le fait de la possibilité de connaissance, preuve qui suffira pour faire repousser l'action si le demandeur ne justifie pas des causes particulières qui ont empêché la connaissance de lui parvenir.

100 *bis*. IV. L'action d'injure n'était donnée ni contre les héritiers de l'offenseur, ni aux héritiers de l'offensé ; mais la contestation une fois engagée entre les deux personnes vivantes (*post acceptum judicium*), cette action, comme toute autre, passait aux héritiers et contre les héritiers (V. *Just.*, § 1, *in fine,* Inst., *De perp. et temp. act.* Telle était aussi la théorie généralement suivie dans l'ancien droit quant à l'action en révocation pour ingratitude. Quelques auteurs pourtant, indépendamment du droit de suivre l'action commencée, voulaient qu'on réservât aux héritiers du donateur le droit de l'intenter si le donateur était mort sans avoir eu le temps de former sa plainte : ce qu'ils appliquaient notamment au cas où il serait mort victime de l'attentat commis par le donataire. Quoi qu'il en soit, il est certain que notre Code favorise plus que l'ancien droit les héritiers du donateur ; outre le droit de suivre l'action commencée, il leur réserve le droit de l'intenter eux-mêmes si le donateur est décédé dans l'année du délit. Quant aux héritiers du donataire, non-seulement il ne permet dans aucun cas d'intenter l'action contre eux, ce qui est conforme à l'ancien droit, mais je crois, et je vais essayer de le démontrer, que, s'éloignant à

cet égard des anciens principes, il les soustrait même à la poursuite de l'action commencée contre leur auteur.

100 *bis*. V. Cette proposition, contraire au principe général sur la transmission active ou passive des actions commencées (V. L. 139 ff. *De reg. jur.*), et qui par ce motif est repoussée par un grand nombre d'auteurs, et par quelques-uns même sans examen (1), me paraît à moi résulter clairement du texte de la loi, et je la crois d'ailleurs parfaitement justifiable en doctrine.

Quant au texte, il est certain d'abord qu'il refuse indistinctement le droit de *demander* la révocation contre les héritiers. Or, comme la demande formée en justice se continue pendant toute l'instance jusqu'au jugement, permettre de continuer contre les héritiers l'action intentée contre le défunt, ce serait permettre à cet égard contre eux l'exercice de la *demande*, et contrevenir aux termes précis de la loi. La preuve, au reste, que le législateur l'a bien entendu ainsi, et qu'il voit une demande aussi bien dans la poursuite de l'action que dans l'acte par lequel on l'intente, c'est qu'au nombre des deux exceptions apportées au principe qui défend *la demande* aux héritiers, il comprend précisément le droit de suivre l'action intentée par le donateur. Sa pensée, d'ailleurs, est bien que l'une comme l'autre exception n'est applicable qu'à la prohibition de la demande par les héritiers, et que ni l'une ni l'autre n'a trait à la demande contre les héritiers : c'est ce qu'il exprime nettement par les mots *à moins que,* DANS CE DERNIER CAS.

Ainsi le texte est précis, mais j'ajoute que la théorie du législateur, bien qu'elle déroge sur ce point à l'ancien droit, est parfaitement justifiable en doctrine, si l'on veut considérer le caractère pénal de l'action en révocation. Les peines, en effet, sont personnelles, et cette règle, qui s'applique aussi bien aux peines pécuniaires qu'aux peines corporelles, amène pour conséquence l'extinction de l'action tendant à leur application, par la mort du prévenu (Inst. crim., art. 2).

100 *bis*. VI. La loi qui refuse, en principe, l'action aux héritiers du donataire, la leur accorde cependant si le donataire est décédé *dans l'année du délit*. Maintenant, si par *année du délit* on entend,

(1) V. notamment M. Coin de l'Isle sur l'article 957, n. 12; M. Troplong, *Donations*, t. 2, n. 1328.

comme on pourrait en être tenté, l'année accordée au donataire pour agir, et avant l'expiration de laquelle il n'y a pas lieu de présumer le pardon, le point de départ ne sera pas le jour même du délit, mais le jour où il a pu être connu; et cela alors reviendra à dire que l'action passe aux héritiers toutes les fois qu'elle n'aura pas été éteinte avant l'ouverture de la succession. Mais ainsi entendue l'exception détruirait la règle; car cela mettrait l'action dont il s'agit sur la même ligne que toute autre action, qui ne passe jamais aux héritiers qu'autant qu'elle existe encore au jour de l'ouverture de la succession. Telle ne paraît pas être la pensée du législateur, et j'entends en conséquence par *année du délit* l'année à compter du jour où le délit, connu ou non du donateur, a été commis. Ainsi, il pourra arriver que l'action durant encore dans la personne du donateur s'éteigne par sa mort, et là s'appliquera le principe qui déclare cette action non transmissible aux héritiers.

100 *bis*. VII. Dans les cas exceptionnels où l'action passe aux héritiers, il est sous-entendu que cette action doit avoir dans leur personne la même durée que la loi lui donnait dans la personne du donateur. Si donc l'action a été intentée par le donateur, elle ne pourrait s'éteindre que par l'effet ordinaire de la péremption acquise contre lui ou contre ses héritiers (V. C. pr., art. 397). Quant à l'action qu'il n'avait point lui-même intentée, les héritiers n'auront pour l'intenter que le temps qu'il avait lui-même, c'est-à-dire une année entière, s'il est mort sans avoir connu le délit, ou autrement le reste de l'année qui a commencé à s'écouler de son vivant. Seulement, je n'hésite point à décider que l'année ou le reste d'année ne devra courir contre eux que du jour où le délit aura pu leur être connu.

100 *bis*. VIII. La transmissibilité aux héritiers emporterait, selon moi, transmissibilité à tous autres successeurs universels; je ne verrais pas même de bonnes raisons pour refuser l'action au curateur à succession vacante. Mais du vivant du donateur je n'accorderais point à ses créanciers le droit de l'exercer, aux termes de l'article 1166. Car en principe cette action n'étant point transmissible même aux héritiers, il ne faut pas hésiter à dire que c'est là un droit *attaché à la personne*. Mais de là il ne faudrait pas conclure que l'action en révocation ne pût être cédée par le donateur. Car la personnalité de l'action consiste uniquement en ce qu'elle ne puisse

être exercée sans un acte de la volonté du donateur. Or, cet acte de sa volonté se trouve dans la cession même qu'il a consentie.

101. La révocation pour ingratitude étant une peine qui ne peut atteindre que l'auteur du délit, ce n'est pas le cas d'appliquer la maxime *resoluto jure dantis, etc.* La loi maintient en conséquence les droits conférés à des tiers par le donataire, non-seulement jusqu'à la demande en révocation, mais jusqu'à la publication de cette demande, qui, à cet effet, doit être mentionnée en marge de la transcription de la donation.

Et toutefois, pour que le donataire ne puisse, par son fait, se soustraire à la peine que son ingratitude lui fait encourir, la loi l'oblige à tenir compte de la valeur des biens aliénés, valeur qui sera fixée eu égard au temps de la demande. Mais moins sévère envers lui qu'elle ne l'est envers l'héritier exclu pour indignité (v. art. 729), la loi lui laisse les fruits jusqu'au jour de cette demande. V. art. 958.

101 *bis*. I. La révocation pour cause d'ingratitude n'est pas l'effet d'une condition résolutoire tacitement contenue dans la donation; car le fait d'ingratitude n'a pas même dû entrer dans la pensée des parties. Mais la loi qui l'autorise, dans les cas qu'elle détermine, doit donner alors à la volonté du donateur l'effet, non de produire une révocation immédiate, mais de soumettre pour l'avenir la donation à une condition résolutoire qui s'accomplira par le prononcé du juge, et remontera au jour de la demande. Mais parce que rien ne révèle aux tiers l'existence de cette cause de résolution, la loi n'a pas voulu qu'ils en subissent les conséquences, à moins que le donateur, dont le fait d'ailleurs est le principe de l'erreur qui les a fait contracter avec le donataire, ne les ait mis à même de connaître le vice du titre de celui-ci. De là, pour le donateur, la nécessité de publier sa demande par une inscription prise en marge de la transcription de la donation.

101 *bis*. II. Ce n'est qu'à la demande qu'est attribué l'effet de soumettre la donation à une condition résolutoire. Mais je crois, par argument des articles 2245 et C. pr. 57, que cet effet doit remonter au jour de la citation en conciliation suivie d'une assignation dans les délais de droit. J'entends, en conséquence, qu'il est

loisible au donateur qui veut se mettre en garde pour l'avenir contre les aliénations ou constitutions de charges réelles, de faire procéder immédiatement à l'inscription de la citation, mais bien entendu en faisant suivre dans les délais de droit cette première inscription de celle de la demande. Si on ne lui reconnaissait pas cette faculté, il faudrait alors admettre qu'il pourrait obtenir pour sa demande, comme requérant célérité, la dispense du préliminaire de conciliation (v. C. pr., art. 49-2, *jung.* art. 72) et par ce moyen la former et la faire publier immédiatement.

101 *bis.* III. Le mode de publication prescrit par la loi devient impossible si la donation n'a pas été transcrite; et comme les tiers dans cette hypothèse n'ont pu sans imprudence traiter avec le donataire, je crois qu'il devrait alors subir, à partir de la demande même non publiée, l'effet de la condition résolutoire. Mais comme il serait possible que le donataire qui d'abord n'avait pas fait transcrire, fît procéder ensuite à cette formalité à l'insu du donateur, et profitât du défaut d'inscription de la demande pour créer avant le jugement des droits réels que celui-ci serait tenu de respecter, il faut que le donateur ait un moyen de se mettre à l'abri de ce danger. Le plus sûr à cet égard serait de faire transcrire lui-même la donation avant de former sa demande, qu'il pourrait alors publier par la voie légale. Mais comme ce moyen est dispendieux, je ne voudrais pas le lui imposer absolument, et je crois qu'il lui suffirait de faire inscrire sa demande sur le registre des transcriptions; au moyen de quoi le conservateur devrait d'office la reporter en marge de la transcription, à laquelle le donataire ferait ensuite procéder.

101 *bis.* IV. Le principe qui maintient les aliénations et constitutions de droits réels antérieures à la demande en révocation est évidemment commun aux meubles et aux immeubles; il protégerait, en conséquence, les acquéreurs de meubles, dans les cas mêmes où la règle *en fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279) ne suffirait pas pour les mettre à l'abri (1). Quant aux aliénations postérieures que la loi maintient jusqu'à l'inscription de la demande en marge de la transcription, il est certain que cette dispo-

(1) *Puta,* s'il s'agissait de mobilier incorporel, ou s'il était prouvé que le possesseur actuel de meubles corporels a connu le titre de son auteur, et n'a pu dès lors prétendre acquérir plus de droits que n'en avait celui-ci.

sition n'a d'application directe qu'aux donations d'immeubles, les seules qui soient sujettes à transcription. Mais les acquereurs de mobilier corporel pourront, s'ils ont été mis en possession, et qu'on ne leur prouve pas qu'ils connaissaient la demande en révocation, invoquer en leur faveur la règle de l'article 2279. Pareillement les cessionnaires de rentes ou créances qui, antérieurement à cette connaissance, auraient fait signifier ou accepter leur transport aux termes de l'article 1690, échapperont à l'action du donateur, comme ils échapperaient à celle d'un cessionnaire antérieur qui aurait négligé de remplir cette formalité. Si donc le donateur de mobilier veut se mettre en garde contre les aliénations que le donataire pourrait consentir dans l'intervalle de la demande au jugement, il faudra, pour le mobilier corporel, qu'il obtienne de justice ou la mise en séquestre pendant l'instance, ou, ce qui reviendrait au même, la permission de faire une saisie-revendication (C. pr., art. 826). Quant au mobilier incorporel, il doit lui suffire de signifier sa demande au débiteur. Après quoi, nulle cession ou saisie-arrêt du chef du donataire ne pourrait être utilement signifiée à son préjudice.

On aperçoit, au reste, que le droit de saisir-revendiquer le mobilier corporel et celui de se faire ressaisir à l'égard des tiers du mobilier incorporel, en se conformant à l'article 1690, reposent sur ce principe que le donateur qui forme sa demande en révocation est de ce jour-là, sous la condition du jugement à intervenir, redevenu propriétaire des objets ou de la rente ou créance par lui donnés.

101 *bis*. V. Les aliénations faites par le donataire sont bien maintenues dans l'intérêt des tiers, mais la loi, tranchant à cet égard l'ancienne controverse, oblige le donataire, à titre de réparation, à restituer la valeur des biens aliénés; et, ce qui est bien à remarquer, c'est que, malgré la diversité des principes des deux matières, elle applique ici pour la détermination de cette valeur la même règle que pour le rapport de l'immeuble aliéné, en substituant seulement à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 860) celle de la demande en révocation. Ainsi, à cet égard, le donataire ingrat est traité, sauf les droits des tiers, comme il le serait si son titre avait été dès l'origine soumis à une condition résolutoire qui l'eût constitué débiteur conditionnel de corps certain.

Ainsi les objets donnés demeurent aux risques du donateur, lequel, jusqu'à la demande qui convertira l'obligation en une dette de quantité, souffrirait des pertes ou diminutions de valeur, et profiterait des augmentations, comme si le bien donné n'avait pas cessé de lui appartenir. Ici, au reste, comme au cas de l'article 860, il est bien compris qu'on n'entend point parler des pertes, détériorations ou améliorations provenant du fait du donataire ou de ses ayant cause; car celles-là, évidemment, donneraient lieu à indemnités respectives (v. à ce sujet art. 861-864).

101 *bis.* VI. En consacrant ainsi, quant aux biens aliénés, l'obligation pour le donataire de remettre le donateur au même et semblable état que si la donation n'avait pas été faite, la loi nous donne assez à entendre, quoiqu'elle ne s'en soit pas expliquée, que cette obligation devrait également s'appliquer à l'égard des biens non aliénés. Ainsi, évidemment, le donateur, en reprenant les biens en nature, devra tenir compte au donataire de ses impenses et aura droit à indemnité pour les dégradations provenant du fait ou de la faute de celui-ci. A cet égard j'appliquerais là sans hésiter les articles 861-863.

101 *bis.* VII. Pour que la réparation fût complète, et que l'ingrat ne conservât aucun profit de la donation dont il est à bon droit déchu, il eût fallu l'obliger à la restitution de tous les fruits à partir de son entrée en jouissance. Mais cette rigueur que la loi déploie contre l'héritier exclu pour indignité, elle n'a pas jugé à propos de l'appliquer ici. La différence tient-elle à ce que le donataire a recueilli les fruits par la volonté de celui contre lequel il les retient? Ne peut-on pas aussi l'expliquer, jusqu'à un certain point, par ce motif que les fruits ne font pas partie de la chose donnée, comme les fruits des biens héréditaires font partie de l'universalité dont l'indigne est exclu? Quoi qu'il en soit, le texte est précis : les fruits ne doivent être restitués qu'à compter du jour de la demande. Et comme c'est de ce jour-là seulement que survient, je ne dis pas le motif, mais la cause proprement dite de résolution, je n'hésite point à dire que c'est à titre de propriétaire que les fruits du temps antérieur appartiennent au donataire. Je n'ai donc à me préoccuper ici ni de la question de bonne foi qu'on pourrait mettre en doute pour le temps qui a suivi le délit, ni du principe qui, n'accordant au possesseur que les fruits perçus, doit, selon moi,

faire refuser à celui-ci les fruits civils non échus, mais non perçus pendant la durée de sa bonne foi (1). J'entends, au contraire, que tous les loyers, intérêts ou arrérages échus, c'est-à-dire acquis jour par jour avant la demande en révocation, appartiendront au donataire, qui pourra les exiger même après la révocation prononcée.

102. Toujours, selon nous, par suite du principe qui concentre la peine dans la personne du coupable, la loi n'a pas soumis à la révocation pour cause d'ingratitude les donations en faveur de mariage. Ces donations, en effet, sont plutôt la dotation du nouvel établissement des futurs qu'une libéralité personnelle à l'époux donataire. V. art. 959.

102 *bis*. I. L'exception établie pour les donations *en faveur de mariage* semble applicable dans ses termes à toutes donations faites en contrat de mariage, soit par des tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux, soit par l'un des futurs époux à l'autre. Ailleurs, en effet, la loi comprend les unes comme les autres sous cette même dénomination. (V. art. 960; v. aussi art. 1088, dont la disposition, malgré la place qu'elle occupe, embrasse certainement, sous le nom de donations *en faveur de mariage,* toutes les donations par contrat de mariage.) Il y aurait d'ailleurs pour toutes une raison commune tirée de ce qu'elles ont été, sinon la cause, au moins la condition du mariage. Or, n'y aurait-il pas injustice à maintenir dans un lien indissoluble l'époux donataire, tout en le privant des avantages sans lesquels il ne l'aurait pas contracté? Toutefois il est certain qu'il y a, pour affranchir de la révocation les donations faites par des tiers, des raisons qui ne s'appliquent nullement aux donations des futurs l'un envers l'autre. Celles-ci, en effet, n'ont pas, comme celles-là, pour but d'assurer la dotation du nouvel établissement et le sort des enfants à naître; car elles n'augmentent point la richesse du ménage en appauvrissant l'un des époux au profit de l'autre. A ce point de vue, il est permis de dire qu'elles ne sont pas proprement faites *en faveur* du mariage, quoique, sous d'autres rapports, cette idée puisse leur être appliquée. Leur caractère est donc tout personnel, et l'on doit être d'autant plus disposé à les laisser soumises à la révocation, que l'ingratitude du conjoint est

(1) V. t. 2, n. 384 *bis*. V.

plus odieuse que celle d'un autre donataire. Telle a bien été la pensée du législateur, quand il a privé des avantages à lui faits par son conjoint l'époux contre lequel le divorce avait été admis. (Art. 299.) Il est vrai que le divorce opérait la dissolution du mariage, et l'on a longtemps hésité à faire l'application de cette règle à la séparation, qui laisse subsister le lien. Mais l'affirmative, supposée d'ailleurs par l'article 1518, étant aujourd'hui consacrée par une jurisprudence constante (1), l'argument se produit dans toute sa force; car si la révocation de plein droit prononcée pour le cas de divorce est reconnue commune au cas de simple séparation, c'est uniquement parce que l'on voit le principe de cette révocation dans les causes identiques du divorce et de la séparation, causes qui se résument en faits d'ingratitude et qui ne devraient porter aucune atteinte à l'effet des donations, si ces donations, par leur nature, étaient affranchies de la révocation pour ingratitude.

102 *bis*. II. Cela posé, je ne vois pas pourquoi la révocation des donations dont il s'agit ne pourrait s'obtenir qu'accessoirement et comme conséquence d'une demande en séparation de corps. Si l'on admet une fois qu'elles ne sont pas comprises dans l'exception de l'article 959, elles demeurent purement et simplement comprises dans la règle générale des articles 953, 955 et 957. Cela est surtout important quant aux héritiers du conjoint donateur, qui ne pourraient certainement ni commencer ni suivre, du chef de leur auteur, une demande en séparation de corps, mais qui, selon nous, pourraient, si les faits qui devaient la fonder ne sont pas trop anciens, former, aux termes de l'article 957, une demande en révocation pour cause d'ingratitude.

102 *bis*. III. Il n'y a ici d'exceptées de la règle générale que les donations en faveur de mariage. Cette règle, par là même, demeure de plein droit applicable à toutes autres donations, par conséquent même aux donations mutuelles ou rémunératoires. Il n'est pas besoin pour cela que la loi s'en soit expliquée, comme elle a cru utile de le faire en ce qui concerne la révocation pour survenance d'enfant. (Art. 960.) Là, en effet, il y avait quelque lieu de douter; car sans contester à ces sortes de donations le caractère de libéralités, on aurait pu dire qu'elles ne diminuent pas réellement

(1) V. C. c., rej., ch. réunies, 23 mai 1845 (P., t. 123, p. 625). V. au surplus t. 2, n. 29 *bis*. I et II.

le patrimoine dont il s'agit uniquement de rétablir l'intégrité. Mais ici toute la question est de savoir s'il y a libéralité, car toute libéralité obligeant à reconnaissance, il est juste d'en enlever le bénéfice à l'ingrat. Or, sur ce point, la doctrine est constante pour ne pas confondre la double libéralité qui constitue la donation mutuelle avec les sacrifices ou obligations réciproques qui, dans un contrat commutatif, se servent mutuellement de cause. Pareillement on ne confond point la donation rémunératoire, témoignage libre et volontaire d'affection, avec le payement d'une dette.

102 *bis*. IV. Cela suffit pour démontrer que, dans la donation mutuelle, l'ingratitude d'un des donataires doit autoriser l'autre à agir en révocation. Mais celui-ci conservera-t-il alors le profit de la donation à lui faite? Il est permis d'en douter; car de ce que les donations respectives ne sont pas cause l'une de l'autre, ce qui laisse subsister dans toutes deux le caractère de libéralité, il ne s'ensuit pas que chacune ne soit point la condition de l'autre, et que la chute de l'une ne doive pas faire défaillir l'autre. Et toutefois, comme c'est par son fait que l'ingrat encourt la déchéance, il me paraît plus conforme à l'esprit de la loi, qui tend principalement à le punir, de concentrer exclusivement sur lui les conséquences pénales de son ingratitude, et de ne pas lui faire de son délit un moyen indirect de recouvrer ce qu'il a donné. Ainsi l'a décidé le législateur, en conservant à l'époux qui obtenait le divorce les avantages stipulés réciproques, tout en refusant à l'autre cette réciprocité. (Art. 299, 300, 1518.) Et je ne verrais pas, je dois le dire, de bonnes raisons pour ne pas appliquer la même règle à tous les cas de révocation pour cause d'ingratitude.

Quant aux donations rémunératoires, si les services qu'elles tendaient à récompenser étaient de nature à donner droit à salaire, l'action pour obtenir le salaire a bien pu sommeiller tant qu'a duré l'effet de la donation qui en tenait lieu; mais si la donation tombe, il serait injuste de ne pas faire renaître cette action dans sa condition primitive. Il faut bien reconnaître, en effet, que, si l'acceptation emporte virtuellement remise du droit au salaire, cette remise n'avait sa cause que dans la donation. Là donc doit s'appliquer le principe *cessante causa, cessat effectus*.

103. Le sentiment naturel qui porte à préférer son propre

sang à des étrangers fait supposer favorablement qu'un don fait par une personne sans postérité n'aurait pas eu lieu s'il eût existé des enfants. Tel est le principe de la révocation pour survenance d'enfant, qui évidemment ne peut s'appliquer au cas où le donateur avait déjà des enfants où descendants vivants au moment de la donation, mais qui du reste comprend en général, et sauf quelques exceptions, dont il est facile de se rendre compte, toute donation, quelque modique, quelque favorable qu'elle soit. Ainsi, ni le caractère de réciprocité, ni la considération des services rendus, ne sont des raisons suffisantes pour affranchir de la révocation les donations mutuelles ou rémunératoires. Les donations, même en faveur du mariage, y sont soumises. La loi en excepte seulement : 1° les donations faites par les ascendants aux conjoints, celles-là ne sont pas même dans les termes de la règle ; 2° les donations que les époux se font l'un à l'autre, celles-ci échappent évidemment aux motifs de la révocation. La révocation, au reste, s'opère de plein droit par le seul fait de la naissance d'un enfant légitime, même posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel, pourvu qu'il soit né depuis la donation. V. art. 960.

103 *bis*. I. La révocation pour survenance d'enfant a son origine dans la loi *Si unquam*, 8, Cod., *de Revoc. don.*, qui, suivant l'opinion la plus probable, n'était relative qu'à un cas particulier, mais dont la jurisprudence avait généralisé l'application. Cette jurisprudence fut consacrée par l'ordonnance de 1731, qui traite la matière en détail, et que le Code sur ce point a suivie pas à pas. En effet, sauf deux modifications, dont une seule est importante et constitue un changement de droit, l'article 960 est la reproduction exacte de l'article 39 de l'ordonnance; et, sauf quelques changements de mots, légers et insignifiants, les articles 961-966 sont la copie textuelle des articles 40-45.

Voici, au reste, toute la théorie de la loi : on suppose qu'une donation faite par une personne sans enfants n'a eu lieu que parce qu'il n'en existait pas, dans la pensée qu'il n'en surviendrait pas, et par conséquent sous condition de résolution au cas contraire.

Cette supposition, conforme aux vues générales du législateur sur la transmission du patrimoine aux enfants ou descendants, jouit à ses yeux d'une telle faveur, qu'il s'y attache dans les cas même où elle pourrait sembler contraire à la vérité. (V. notamment art. 965.) Maintenant, il importe de le remarquer, la révocation est bien admise dans l'intérêt des enfants, mais ce n'est pas à leur profit qu'elle s'opère; c'est au profit du donateur, qui rentre dans son bien par l'effet d'une condition résolutoire, et peut ensuite en disposer, comme bon lui semble, dans les limites légales.

103 *bis*. II. La généralité du principe qui embrasse *toutes donations entre-vifs* comprend celles-là mêmes qui ne seraient pas faites dans la forme prescrite par l'article 931, *puta* la remise gratuite d'une dette, la stipulation au profit d'un tiers (1), les dons manuels de mobilier, les donations déguisées ou non qui peuvent être contenues dans un contrat à titre onéreux. Dans tous ces cas, en effet, où la doctrine admet une dispense des formes ordinaires, les règles de fond subsistent, et sous ce nom je ne comprends pas seulement les règles de capacité et de disponibilité (v. art. 1973), je comprends aussi les dispositions relatives à la révocation, soit pour le cas qui nous occupe de survenance d'enfant, soit pour le cas d'ingratitude. Mais les libéralités mentionnées en l'article 852 que la loi dispense du rapport, parce qu'elle n'y voit qu'un emploi du revenu, ne me paraissent sous aucun rapport réputées donations. Je crois, en conséquence, qu'elles ne sont pas révocables pour survenance d'enfant. C'est ainsi que Pothier exceptait, notamment, les *petits présents* de choses mobilières (2).

103 *bis*. III. Il est conforme aux principes de soumettre à la règle générale de la révocation les donations mutuelles ou rémunératoires, puisque ces qualités ne leur font pas perdre le caractère de libéralité. Mais ici il me paraitrait inique de scinder l'effet de la donation mutuelle, en la laissant subsister d'un côté quand elle serait révoquée de l'autre. Il faudrait être bien sûr pour cela que l'une des donations n'a pas été la condition de l'autre. Or, il est bien plus naturel de supposer le contraire. Cela posé, il est tout simple que la résolution qui, sans aucun fait de la partie qui en

(1) Sauf à examiner, dans ces deux cas, s'il y a véritable libéralité.

(2) V. Pothier, *Donations entre-vifs*, sect. 3, art. 2, § 1.

subit l'effet, anéantit *a principio* l'une des donations, fasse défaillir également *a principio* la condition sous laquelle l'autre était faite. Ce n'est pas, comme au cas de révocation pour cause d'ingratitude, révocation qui n'est pas proprement une résolution, mais une déchéance pénale qui ne doit frapper que le coupable. L'ingrat ne peut dire alors que la condition sous laquelle il a donné n'est point accomplie; car l'accomplissement a eu lieu par le seul fait de la donation qu'il a reçue, et dont il n'a tenu qu'à lui de conserver le bénéfice (1). Mais, comme on le voit, ces principes n'ont ici aucune application. Au reste, le but de la loi étant uniquement de reconstituer le patrimoine, comme il le serait s'il n'avait pas été fait de donation, il est naturel que le donateur auquel il survient un enfant ne conserve pas un profit qu'il n'aurait pas s'il n'avait pas donné.

A plus forte raison, faut-il dire que la révocation d'une donation rémunératoire fait renaître le droit au salaire, proposition que nous admettons au cas même de révocation pour cause d'ingratitude.

103 *bis*. IV. Il ne paraissait pas nécessaire d'excepter, comme on l'a fait de la révocation, les donations faites par les ascendants aux conjoints; car le donateur, ascendant d'un des conjoints, a, dans la personne de ce conjoint, un descendant dont l'existence le met hors des termes de la règle. Aussi, l'ordonnance qui excepte aussi les donations faites par les ascendants (2), était-elle entendue par Pothier non des donations que les ascendants font aux conjoints, mais des donations que les conjoints eux-mêmes feraient dans leur contrat de mariage à leurs enfants à naître. Cette explication hasardée ne pourrait évidemment s'adapter aux termes de l'article, qui parle nommément des donations faites par les ascendants aux conjoints; et l'hypothèse prévue par Pothier ne pourrait d'ailleurs se réaliser dans notre droit, qui ne permet pas aux époux de donner à leurs enfants à naître. (V. art. 906, conf., art. 1082 et 1093.) Si donc on tient à donner un sens à la disposition de la loi, il faut dire avec Delvincourt (3) qu'elle tend à prévenir un doute sur la question de savoir si la donation faite à un

(1) V. ci-dessus n. 103 *bis*. IV.

(2) L'ordonnance dit *ni par autres que par les conjoints ou les ascendants.*

(3) V. t. 2, p. 80, n. 8.

enfant unique ne serait pas révocable par la survenance d'un nouvel enfant; en d'autres termes, si l'on ne doit pas considérer comme sans enfants, quant à la révocabilité de la donation, celui qui n'en a pas d'autre que le donataire.

103 *bis*. V. En s'attachant à cette idée, on pourrait prétendre que l'exception proclamée par la loi, l'étant seulement pour les donations en faveur du mariage, la donation faite pour toute autre cause par un ascendant à son descendant unique serait sujette à révocation par survenance d'un nouvel enfant. Mais cette prétention, appuyée sur une simple induction, est évidemment inadmissible. Il reste toujours vrai que le donateur n'est pas sans enfant quand il donne à son enfant, et que c'est sortir des termes de la règle que de l'appliquer au cas où le donateur est sans autre enfant que le donataire.

103 *bis*. VI. L'exception proclamée ici pour les donations faites en faveur du mariage par les conjoints l'un à l'autre s'applique aux donations par contrat de mariage. L'article 1096 étend cette exception aux donations faites pendant le mariage. Les motifs sont toujours les mêmes; le principal, je crois, c'est la faveur de la qualité du conjoint, faveur qui permet de supposer au conjoint donateur l'intention de préférer son conjoint même à sa postérité. Ce motif, aussi bien que les termes de la loi, embrassent le cas même où l'enfant qui survient proviendrait d'un second mariage, contracté par le donateur après la mort du donataire. Mais les termes comme les motifs de la loi manqueraient, et l'on resterait dans la règle si la donation était faite entre deux personnes étrangères l'une à l'autre qui viendraient depuis à s'épouser.

103 *bis*. VII. L'existence d'un enfant naturel au moment de la donation n'empêcherait pas de considérer le donateur comme sans enfants, car, dans le langage du législateur, le titre d'enfant et les divers titres de parenté ne comprennent pas les parents simplement naturels, sans une mention expresse. Il est vrai que l'existence antérieure de l'enfant naturel suffit aujourd'hui, contrairement aux anciens principes (1), pour empêcher la révocation de s'opérer par sa légitimation postérieure (v. art. 960); mais ce n'est pas une raison pour lui reconnaître l'effet d'empêcher la ré-

(1) V. Pothier, *Donations*, sect. 3. art. 2, § 3; ordonnance de 1731, art. 39.

vocation par la survenance d'un autre enfant légitime (1). Il est clair, au reste, d'après les termes précis de la loi, que la survenance d'un enfant naturel, jusqu'à la légitimation qui peut suivre, ne serait point une cause de révocation.

103 *bis*. VIII. Pareillement les enfants adoptifs ne doivent ni faire obstacle à la révocation par leur existence antérieure à la donation, ni opérer eux-mêmes la révocation par leur survenance. Sur l'un et l'autre point, la négative que je soutiens me paraît appuyée sur les termes et sur l'esprit de la loi. Les adoptés, en effet, ne sont pas en général, dans le langage du législateur, compris sous la dénomination d'enfants, et jamais ils ne le sont sous celle d'enfants légitimes, qualité formellement exprimée par l'article 960 pour les enfants dont la survenance opère la révocation, et sous-entendue évidemment dans la première partie de l'article à l'égard des enfants dont l'existence actuelle mettrait obstacle à la révocation. Peu importe, après cela, que l'adopté ait sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que l'enfant du mariage. Cela peut bien autoriser à lui accorder, par assimilation, tous les droits qui compètent aux enfants légitimes à titre héréditaire. Mais il ne s'agit pas ici d'un droit établi au profit direct des enfants; la loi prend seulement en considération le droit héréditaire qui devra ultérieurement leur compéter, pour accorder ou refuser au donateur la révocation. On comprend, au reste, que tel qui ne voudrait pas distraire une partie de son patrimoine au préjudice d'un enfant légitime appelé à lui succéder, n'eût pas le même scrupule dans l'intérêt d'un enfant adoptif. Donc on ne peut conclure de ce qu'une personne a donné, ayant un enfant adoptif, qu'elle aurait également donné si elle avait eu un enfant légitime. Et, pareillement, on ne peut pas conclure de ce que la survenance d'un enfant légitime ferait défaillir en elle la volonté de donner, que le même effet doit se produire au cas d'adoption.

103 *bis*. IX. L'enfant légitimé est vraiment un enfant légitime devenu tel à partir du mariage de ses père et mère. (V. art. 333.) Ainsi son existence, déjà suivie de légitimation au temps de la donation, ferait obstacle à la révocation par la survenance d'un autre enfant. Mais ce n'est pas indistinctement que la loi donne à la lé-

(1) V. ci-dessous XIII.

gitimation postérieure l'effet de révoquer une donation, comme la révoquerait la survenance d'un enfant légitime. (Art. 960 *in fin.*, v. ci-dessous XV.)

103 *bis.* X. Quant à l'enfant né d'un mariage nul, auquel la bonne foi des contractants ou de l'un d'eux fait accorder les effets civils en faveur des enfants (art. 201, 202), il a certainement tous les droits d'enfant légitime, même sur la succession de l'époux de mauvaise foi, en faveur duquel ces effets ne sont pas réservés. J'en conclus que pour l'époux de mauvaise foi, comme pour l'époux de bonne foi, l'existence de cet enfant ferait obstacle à la révocation par survenance d'un autre enfant; car, dans l'un comme dans l'autre cas, j'ai raison de dire que le donateur avait, au moment de la donation, un enfant successible. Quant à la révocation par la survenance de l'enfant né du mariage putatif, je l'accorderais sans difficulté à l'époux de bonne foi, mais je la refuserais à l'époux de mauvaise foi, malgré l'intérêt que pourrait avoir à cette révocation l'enfant qui aura sur sa succession les droits d'enfant légitime. En effet, ce n'est pas, nous le savons, au profit des enfants que s'opère la révocation, c'est au profit du donateur. Or, dans l'espèce, le donateur à qui ne sont pas réservés les effets civils du mariage nul ne peut prétendre, dans son propre intérêt, que l'enfant qui en est issu est légitime.

103 *bis.* XI. Il paraît raisonnable de considérer comme sans enfants, dans le temps de la donation, le donateur dont les enfants étaient alors absents. Car de ce que la considération d'enfants, que l'incertitude de leur existence rendait non successibles (v. art. 136), n'a pas empêché de faire la donation, il ne s'ensuit pas que le donateur voulût la maintenir au préjudice d'enfants successibles s'il lui en survenait.

Toutefois, la proposition ne me paraît pas certaine; car le retour étant possible pouvait dès lors être espéré ; mais j'inclinerais pour l'affirmative. On peut toujours dire, en effet, qu'il n'y a pas existence actuelle d'enfants successibles. Bien entendu, au reste, que la proposition se borne, dans ma pensée, à l'absence déclarée, ou du moins assez prolongée pour détruire la probabilité du retour.

103 *bis.* XII. Si les enfants absents ne sont pas considérés comme existants, il est logique d'en conclure que leur retour constitue une véritable survenance d'enfant. C'est aussi mon sentiment. Mais je

comprends qu'il est fort controversable. En effet, on pourrait très-bien admettre que le parent (*parens*) de l'absent, qui connaît l'état de son enfant, donne, même en vue du cas où cet état viendrait à changer par le retour, sans admettre qu'il ait voulu donner, même en vue du cas où il lui surviendrait un autre enfant. C'est ainsi que le père ou la mère d'un enfant naturel qui fait une donation est censé la faire même en vue du cas où cet enfant viendrait à être légitimé, mais non en vue du cas où il lui surviendrait un autre enfant légitime.

103 *bis*. XIII. D'après ces considérations, qui pourtant ne me déterminent pas, je comprends qu'on puisse refuser au retour de l'enfant l'effet de révoquer la donation faite pendant son absence; mais ce que je ne puis absolument admettre, c'est que le retour de l'absent produise un effet tout contraire, savoir, de soustraire la donation à la révocation pour survenance d'un autre enfant, en démontrant qu'il en existait un lorsqu'elle a été faite. Cela, sans doute, est conforme à la rigueur des termes de la loi; mais ce résultat est trop contraire à l'esprit du législateur en cette matière.

103 *bis*. XIV. Tant qu'a subsisté la mort civile, aujourd'hui abrogée (1), il n'y avait, je crois, aucune difficulté à considérer à tous égards comme n'existant pas l'enfant qui l'avait définitivement encourue; mais le cas de la mort civile encourue, en vertu d'une condamnation par contumace (v. art. 30), pouvait donner lieu aux mêmes questions que le cas d'absence; et ces questions, je les aurais décidées de la même manière, c'est-à-dire que j'aurais admis la révocation des donations faites pendant la durée de la mort civile de l'enfant, soit par la survenance d'un autre enfant, soit par le retour du mort civilement à la vie civile. D'après cela, je serais inconséquent si je n'accordais pas au recouvrement de la vie civile, opéré par la nouvelle loi en faveur des enfants frappés de mort civile définitive, l'effet de révoquer les donations faites par leurs père et mère ou ascendants pendant la durée de la mort civile.

103 *bis*. XV. La loi attribue à la légitimation d'un enfant naturel le même effet révocatoire qu'à la naissance d'un enfant légitime; elle indique, comme manière d'opérer cette légitimation, le

(1) V. loi du 31 mai 1854.

mariage subséquent; et comme aujourd'hui il n'y en a pas d'autre, elle n'a pas besoin d'ajouter, avec l'ordonnance de 1731 : *et non par aucune autre sorte de légitimation* (ord., art. 39). Mais elle exige une condition que n'exigeait point l'ordonnance : c'est que l'enfant légitime soit né depuis la donation. On a pensé apparemment que le sentiment d'affection dont est l'objet l'enfant légitimé remonte au jour même de la naissance, que l'intention de le légitimer existait dès lors. Si donc la considération de cet enfant destiné à la légitimité n'a pas empêché le père ou la mère de faire la donation, on doit croire qu'elle a été faite en vue même du cas de légitimation, et qu'elle doit conséquemment subsister nonobstant cette légitimation.

De là on pourrait être tenté de conclure, non pas d'une manière absolue, que l'existence d'un enfant naturel au moment de la donation fait obstacle à la révocation par la survenance postérieure d'un enfant légitime, mais que la survenance de l'enfant légitime n'aurait cet effet ou ne le produirait définitivement qu'autant qu'elle ne serait pas précédée ou suivie de la légitimation de l'enfant naturel né avant la donation. Ce serait là, au reste, une mauvaise manière de raisonner; car, quelle que soit la cause qui fait refuser à la légitimation postérieure de l'enfant né avant la donation l'effet révocatoire, et quelque compte qu'on veuille tenir à cet égard d'une explication plus ou moins conjecturale, ce n'est pas une raison pour tirer à conséquence une disposition toute spéciale. Tout ce que dit la loi, c'est que l'existence antérieure de l'enfant naturel empêchera la révocation de s'opérer par la légitimation de ce même enfant. Mais comme en réalité cet enfant n'était pas légitime au moment où la donation a été faite, elle doit être, pour tout autre que lui, révocable comme l'est toute donation faite par une personne sans enfant. J'entends qu'il en serait ainsi quand même la légitimation de l'enfant né avant la donation aurait précédé la survenance de l'enfant légitime ; cette survenance, selon moi, opérera la révocation que la légitimation n'a pas pu opérer ; car il reste toujours vrai alors que le donateur n'avait pas, dans le sens de la loi, d'enfant au temps de la donation, et qu'il lui en survient un. *Secus* si la légitimation avait précédé la donation, auquel cas le donateur, au moment de la donation, avait vraiment un enfant légitime.

104. Le sentiment de la paternité ou de la maternité n'étant bien connu qu'après la naissance, on ne doit pas ici considérer comme existant l'enfant conçu. V. art. 961.

105. La survenance d'enfant faisant, d'après la supposition de la loi, défaillir le principe même de toute libéralité, la volonté du donateur; et la révocation s'opérant, comme on l'a dit, de plein droit, le seul fait de la naissance de l'enfant remet les choses au même état que s'il n'y avait pas eu de donation. De là suivent plusieurs conséquences (V. nos 106, 107, 108).

106. La donation une fois anéantie ne peut, comme un acte simplement sujet à rescision, être ratifiée par l'exécution volontaire. Ainsi, la révocation conservera ses effets nonobstant la possession postérieure du donataire, soit qu'il y ait été seulement laissé, soit même qu'il y soit entré depuis la survenance d'enfant. Et néanmoins la possession de bonne foi doit produire ici son effet ordinaire, quant à l'acquisition des fruits; cette bonne foi se présumera jusqu'à la notification en forme de l'événement qui opère la révocation. Mais à partir de cette notification, les fruits doivent être restitués, quand même la demande du donateur pour rentrer en possession serait postérieure. V. art. 962.

106 *bis*. I. Les fruits auxquels le donateur n'a droit qu'en qualité de possesseur de bonne foi, et à condition de les avoir perçus, sont ceux qu'a produits la chose donnée depuis la survenance d'enfant jusqu'à la notification. Quant à ceux du temps antérieur, c'est comme propriétaire qu'il y a droit; car il était bien propriétaire jusqu'à la survenance d'enfant qui a résolu son titre, et dans ma doctrine l'effet rétroactif de la condition n'a pas d'application aux fruits (1).

De là, deux conséquences :

1° Les fruits échus ou perçus avant la survenance d'enfant peuvent être réclamés par lui quand même il n'aurait jamais été mis en possession du bien donné (2).

(1) V. ci-dessus n. 97 *bis*.

(2) V. C. c., cass. 8 juillet 1816 (P., t. 46, p. 461).

2° La *perception* qui, pour le temps postérieur à la survenance d'enfant, semble la condition nécessaire à l'acquisition des fruits de toute nature (v. art. 962, et ci-dessus t. II, n° 384 *bis*. V), ne sera certainement pas exigée avant cette survenance pour que le donataire ait droit, comme propriétaire, aux fruits civils, qui s'acquièrent jour par jour. *Secus* pour les fruits naturels, dont la propriété se confond, jusqu'au détachement effectif, avec celle du bien qui les produit, et se résout conséquemment avec elle si la perception n'a pas précédé la résolution.

106 *bis*. II. Les fruits du temps postérieur au fait qui révoque la donation de plein droit, ne peuvent, en principe, appartenir au donataire qu'à titre de possesseur de bonne foi : il paraîtrait donc naturel de les lui refuser dès que, d'une manière quelconque, il a acquis la connaissance de l'événement qui produit la révocation. Mais la loi, pour éviter toute contestation sur ce point de fait, exige, comme seul moyen de faire cesser la présomption de bonne foi, une notification en forme. On a pensé apparemment que jusqu'à cet acte émanant du donateur, le donataire est autorisé à croire que l'intention primitive de celui-ci n'a point changé, et qu'il se propose d'user du droit qu'il a de renouveler la donation de plein droit révoquée. Or, dans cette supposition le donataire est vraiment de bonne foi, en ce sens qu'il croit l'acquisition des fruits à son profit fondée sur la volonté du propriétaire. Au reste, cette base manquerait si le donateur venait à mourir sans avoir renouvelé la donation. Et je doute qu'à partir de cette mort on dût appliquer aussi rigoureusement la règle qui prescrit la notification en règle.

107. Tous droits conférés par le donataire sont anéantis comme celui du constituant. La loi même, loin d'admettre ici, comme dans le cas de retour conventionnel, l'hypothèque subsidiaire de la femme, fondée sur une espèce de cautionnement tacite du donateur par contrat de mariage, refuse cet effet à un cautionnement exprès. V. art. 963.

107 *bis*. I. Quoique l'article 963 ne mentionne formellement comme atteintes par la résolution que les constitutions de charges réelles, il est évident cependant qu'ici, comme au cas de l'article 954, la loi comprend dans sa pensée les aliénations. C'est

sans distinction, en effet, qu'est proclamée dans l'un et l'autre article la règle qui fait rentrer dans les mains ou dans le patrimoine du donateur (art. 962) les biens compris dans la donation révoquée; or, ces termes embrassent les biens aliénés comme ceux qui ne le sont pas. Cette pensée, d'ailleurs, est manifestée dans l'article 954 par la réserve des droits du donateur contre les tiers détenteurs; et, pour le cas qui nous occupe, elle l'est par l'article 966, qui suppose que les détenteurs ont intérêt à faire valoir la donation révoquée. Ce point, au reste, n'est pas douteux.

107 *bis*. II. Si la résolution s'applique aux constitutions de droits réels, il semble qu'elle devrait, à plus forte raison, frapper d'inefficacité, à l'égard du donateur, les baux consentis par le donataire. Et, toutefois, comme le donataire propriétaire commutable ne doit pas avoir moins de droit qu'un usufruitier, qui peut, dans les limites tracées par la loi, consentir des baux obligatoires pour le propriétaire (v. art. 595), je crois que le donateur devra respecter, dans ces mêmes limites, les baux consentis par le donataire avant la révocation (1). J'appliquerais même la proposition aux baux consentis après l'événement qui a produit la révocation, pourvu qu'ils l'aient été de bonne foi. Mais je ne voudrais pas admettre ici, d'une manière absolue, la présomption de bonne foi jusqu'à notification en forme.

107 *bis*. III. A la différence du cas de retour, où l'hypothèque subsidiaire est réservée à la femme du donataire, par cela seul que la donation est faite dans le contrat d'où résultent les droits et hypothèques (art. 952), ici la loi refuse cet effet, même à une clause expresse de cautionnement. Par là, au reste, elle donne assez à entendre que le donateur sera complétement déchargé de son cautionnement. Car, si ce cautionnement subsistait, celui-ci ne profiterait aucunement de l'extinction de l'hypothèque; en effet, la femme créancière pourrait toujours, pour la garantie de ses droits, le poursuivre personnellement, non-seulement sur les biens recouvrés par l'effet de la révocation de la donation, mais généralement sur tous ses biens. Il est vrai que cette action personnelle

(1) Je serais inconséquent si je n'appliquais pas la même règle au cas de droit de retour ou de révocation pour inexécution des conditions, ou plus généralement à tous les cas de condition résolutoire pour lesquels la loi ne se serait pas expliquée.

n'attribuerait à la femme aucune préférence sur les autres créanciers, et laisserait à ceux-ci l'entier exercice de leurs hypothèques sur les biens affranchis de la sienne. Mais de là il ne résulterait aucun avantage réel pour le donateur, demeuré débiteur envers tous et personnellement désintéressé dans une question d'ordre et de rang entre ses créanciers. Au reste, l'intention d'anéantir le cautionnement était plus évidente encore dans l'article 42 de l'ordonnance de 1731, dont notre article 963 n'est que la reproduction presque littérale. Comment, en effet, sous l'empire du principe ancien qui accordait hypothèque générale pour toute obligation passée devant notaires, comment, dis-je, aurait-on pu concilier le maintien du cautionnement contenu au contrat de mariage, avec l'anéantissement de l'hypothèque sur les biens recouvrés par le donateur?

107 *bis*. IV. Tenons donc pour constant que le cautionnement exprès ou tacite qui accompagne une donation par contrat de mariage s'évanouit, avec la donation, par l'effet de la survenance d'enfant. Mais de là il ne faudrait pas conclure que tout cautionnement serait révocable pour survenance d'enfant. Ce serait là une grave erreur, car le cautionnement en lui-même peut bien, à certains égards, être considéré comme un acte de bienfaisance, mais ce n'est pas une donation. C'est donc seulement quand la qualité de caution et de donateur concourent dans la même personne, en vertu du même contrat, et que le fait du cautionnement pourra être considéré comme un moyen détourné de faire échapper la femme du donataire aux conséquences de la révocation de la donation; c'est alors seulement, dis-je, que le cautionnement subira, comme accessoire, le sort de la donation et disparaîtra avec elle.

108. La mort même de l'enfant ne peut faire cesser l'effet une fois produit. Pareillement, cet effet ne doit pas plus cesser par une ratification expresse que par la ratification tacite résultant d'exécution volontaire. Pour faire revivre la libéralité, il faut une nouvelle disposition. V. art. 964.

109. La loi qui n'admet pas la renonciation du donateur à la révocation déjà opérée à son profit, n'admet pas même, pour en préserver, la renonciation faite à l'avance par quelque clause de l'acte de donation. Le donateur ne connaissait

pas encore l'affection paternelle. D'ailleurs, ces clauses deviendraient de style. V. art. 965.

110. Quoique, en principe, la donation, de plein droit révoquée, ne soit point susceptible d'être confirmée (art. 964), elle peut l'être par la prescription. Cette prescription d'une nature particulière, et qu'il ne faut confondre ni avec la prescription ordinaire à l'effet d'acquérir, ni avec la prescription à l'effet de se libérer, tend, dit la loi, à *faire valoir la donation*, c'est-à-dire à la faire revivre. Cet effet exorbitant n'est accordé qu'à une possession de trente années, temps de la plus longue prescription (art. 2262). Au reste, ce qui est bien à remarquer, c'est que cette prescription est déclarée applicable, non-seulement au donataire ou à ses ayant cause, mais aux autres détenteurs des choses données, et que pour tous la règle est la même, soit quant à la durée du temps, soit à son point de départ. Ce qu'il faut remarquer encore, c'est que ce point de départ n'est pas, comme cela semblerait naturel, la survenance de l'enfant qui, en naissant le premier, a opéré la révocation, c'est la naissance du dernier enfant, même posthume. La loi, au surplus, déclare applicables ici les principes ordinaires sur l'interruption de la prescription, et n'entend pas probablement exclure les causes ordinaires de suspension. V. art. 966.

110 *bis*. I. C'est, selon moi, faute de s'être bien rendu compte du but et de l'objet de la prescription dont il s'agit, qu'on a dirigé contre les dispositions de notre article, emprunté d'ailleurs à l'ordonnance de 1731 (d. ord., art. 45), tant de critiques, à mon avis, peu fondées; c'est faute de bien comprendre la loi et sans tenir compte de ses termes, qu'on en a tiré des conséquences inadmissibles en doctrine. Ainsi, d'abord, on part de cette idée que la donation étant révoquée de plein droit et la propriété revenue au donateur par l'événement d'une condition résolutoire, *il ne peut* y avoir lieu contre lui à prescription qu'à l'effet 1° d'éteindre l'action personnelle née de la clause résolutoire tacitement insérée dans la donation; 2° de faire acquérir, soit au donataire demeuré en pos-

session, soit à tout autre possesseur des choses données, la propriété de ces choses, non pas au titre ancien, complétement effacé par la résolution, mais à titre entièrement nouveau. A ce point de vue, on trouve tout simple que le donataire qui n'a plus de titre ne puisse prescrire que par trente ans (art. 2262). Et pourtant, ce à quoi on ne fait pas attention, c'est que la faculté même de prescrire par un laps de temps quelconque, devrait lui être refusée comme contraire à la règle qui défend de prescrire contre son titre. (V. art. 2240, *jung.* art. 2231, 2236-2238.) Mais, sans s'attacher à cette objection, qui généralement n'a point été aperçue, on se demande pourquoi les tiers détenteurs ne pourraient pas, avec juste titre et bonne foi, prescrire par dix ou vingt ans (art. 2265); pourquoi surtout le point de départ de la prescription ne serait point toujours pour eux le moment de leur entrée en possession. Enfin, dans aucune hypothèse, on ne trouve de bonne raison pour fixer à la naissance du dernier enfant le point de départ de la prescription, qui semblerait devoir courir du jour où la révocation, de plein droit opérée par la survenance du premier enfant, a permis au donateur d'agir, soit par action personnelle, soit par action réelle. Toutes ces objections sont graves, au point de vue où l'on se place, et pour mon compte je déclare que si je m'y plaçais, je n'y apercevrais pas de réponse satisfaisante. Mais toutes ces anomalies disparaissent, et notre article s'explique dans toutes ses parties si, s'attachant à ses termes, on reconnaît que la prescription dont il s'agit n'a point pour but de faire acquérir à titre nouveau la propriété de la chose donnée, mais bien de *faire valoir* la donation révoquée, c'est-à-dire de la *confirmer*. C'est impossible, dit-on; car on ne confirme que ce qui existe à l'état d'imperfection, et la donation n'a plus aucune existence. (V. art. 964.) Mais c'est là une pure pétition de principe; et ne voit-on pas, en effet, que le législateur qui a établi la révocation pour survenance d'enfant, et qui, pour la favoriser, a voulu qu'elle s'opérât de plein droit, sans égard, en général, à la volonté postérieure du donateur; ne voit-on pas, dis-je, que le législateur a bien pu admettre une exception à sa règle, et accorder à la longue possession autorisée par le silence du donateur un effet confirmatif qu'il refuserait à tout autre fait? Cela, d'ailleurs, en soi n'a rien d'irrationnel; car la révocation ou résolution n'a pour

base que la volonté du donateur, qui est censé n'avoir pas voulu donner dans le cas où il lui surviendrait des enfants. Mais cette volonté, après tout, n'est pas bien certaine, et de ce que la loi la présume, en général, nonobstant toute autre preuve contraire, ce n'est pas une raison pour qu'elle ne permette pas de tirer cette preuve contraire du long silence et de la longue possession, faits bien autrement significatifs qu'un simple acte confirmatif qui pourrait être l'œuvre de l'irréflexion ou le fruit de l'obsession.

Il va sans dire, au reste, que si la prescription dont il s'agit a pour effet unique la confirmation de la donation, la donation ainsi confirmée restera soumise aux règles ordinaires, quant au rapport, à la réduction ou à la révocation, soit pour inexécution des conditions, soit pour cause d'ingratitude.

110 *bis*. II. Une fois établi, d'après les termes mêmes de la loi, que la prescription ici n'est qu'un moyen de confirmer la donation par la manifestation non équivoque de la volonté du donateur, il est tout simple : 1° que la loi exige pour cela une possession continuée pendant le temps requis pour la plus longue prescription; 2° qu'elle ne fasse courir ce temps que du jour de la naissance du dernier enfant; car chaque enfant qui survient est une raison nouvelle pour mettre en doute la volonté de confirmer et pour effacer les inductions qu'on aurait pu tirer du silence jusque-là gardé par le donateur. Quant à l'application de cette prescription aux tiers détenteurs, elle n'a rien d'étrange, si l'on reconnait qu'un tiers détenteur peut avoir intérêt à faire valoir la donation. Or, cela est évident si, sous le nom de tiers détenteurs, nous comprenons, suivant le langage usité du législateur, les ayant cause à titre particulier du donataire. (V. à ce sujet, notamment, art. 2167 et suivants, 2180, 2181 et suivants.) En effet, sans rien préjuger sur la question de savoir si ces détenteurs ne pourraient point de leur chef invoquer une autre prescription (1), question sur laquelle la loi ici ne s'est aucunement expliquée; il peut, quand la prescription de droit commun ne leur sera pas acquise, leur être très-avantageux de faire valoir le titre de leur auteur et d'invoquer à cet effet, en se soumettant à ses règles particulières, la prescription dont il s'agit ici. Au reste, cette explication, j'en conviens, n'a trait qu'aux ayant cause à titre particulier du donataire, et ne comprend pas

(1) V. ci-dessous IV.

tout autre détenteur, possédant, par exemple, *pro possessore* ou tenant la chose d'un tiers qui, à tort ou à raison, la lui aurait transmise comme sienne. Or, dira-t-on, c'est précisément de cette classe de détenteurs que notre article a voulu parler, à l'exclusion des ayant cause à titre particulier déjà compris sous la dénomination générale d'*ayant cause*. Mais il me parait certain, au contraire, que sous le nom d'*ayant cause*, que la loi semble mettre sur la même ligne que les héritiers, elle comprend seulement les successeurs universels, qui n'ont pas d'autre titre ou cause de possession que le titre de leur auteur. Quant aux ayant cause à titre particulier, qui ont une cause de possession propre, elle les désigne ici, comme partout ailleurs, sous le nom de *détenteurs ;* et quoique cette expression générale puisse en comprendre d'autres, c'est à eux seuls évidemment qu'elle entend l'appliquer, puisque eux seuls peuvent avoir intérêt à faire valoir la donation et à invoquer à cet effet la prescription particulière dont il s'agit.

110 *bis*. III. La prescription, à l'effet de confirmer la donation, est la seule qui puisse être utilement invoquée par le donataire. En effet, il n'aboutirait à rien de lui reconnaître le droit de prescrire contre l'action personnelle du donateur ; car, ne possédant primitivement qu'en vertu d'un titre de propriété résoluble, et ne pouvant, contre son titre, prescrire à l'effet d'acquérir (art. 2240), il resterait toujours soumis à l'action réelle (1). Vainement, pour éviter ce résultat, dirait-on que le titre de donation étant de plein droit effacé par la survenance d'enfant, le donataire commence dès lors à posséder simplement *pro possessore*. Il n'est pas vrai, en effet, que l'extinction du titre qui, par sa nature, mettait obstacle à la prescription, fasse cesser cet obstacle tant que le titre primitif n'a pas été interverti. C'est ainsi que les héritiers d'un usufruitier, malgré l'extinction de l'usufruit opérée par la mort de leur auteur, ne peuvent cependant commencer dans leur personne une possession utile pour prescrire. (V. art. 2236, 2237.)

(1) Ce n'est pas ici comme au cas de réduction où le recouvrement de la propriété, principe de l'action réelle, ne s'opère qu'à la suite de l'exercice de l'action personnelle, et par conséquent ne s'opère pas si l'action personnelle ne peut plus être intentée. (V. ci-dessus n. 67 *bis*. VIII.) C'est qu'en effet la résolution ici, à la différence de la réduction, s'opérant de plein droit, il n'est pas besoin que l'action personnelle soit intentée pour donner lieu à l'action réelle.

110 *bis*. IV. Ce que nous disons du donataire s'applique de plein droit à ses héritiers ou successeurs à titre universel. Quant aux autres détenteurs, il y a bien lieu sans doute à distinguer entre ceux qui, tenant leurs droits du donataire, peuvent avoir intérêt à la confirmation de la donation, et ceux qui possèdent sans titre ou en vertu d'un titre émané d'un tiers. A ceux-ci évidemment ne peut s'appliquer la prescription de notre article tendant seulement à cette confirmation. Il faut donc dire, sans hésiter, qu'ils restent pour la prescription soumis aux règles du droit commun. Quant aux premiers, qui peuvent avoir intérêt à invoquer la prescription de notre article, ils y sont admis sans difficulté, et alors, bien entendu, les règles particulières de cette prescription leur sont applicables. Mais ce n'est pas à dire nécessairement qu'ils ne pussent, s'ils y trouvent avantage, invoquer la prescription de droit commun. Aucun principe, en effet, ne s'y oppose, puisqu'ils trouvent dans leur propre titre une cause personnelle de possession. (V. à ce sujet article 2239.) Toutefois, je crois qu'il en sera rarement ainsi, parce que le plus souvent ils auront connu le titre de leur auteur et seront censés n'avoir entendu acquérir que les droits de celui-ci. C'est ce qui arrivera, je crois, toutes les fois que dans leur titre la donation sera indiquée comme origine de la propriété. Alors, ils ne pourront prescrire par dix ou vingt ans contre l'effet de la résolution; car il leur manquera la condition de bonne foi. Je vais plus loin, et je dis qu'ils ne pourront prescrire par trente ans, à partir de leur entrée en possession, parce que leur titre contient virtuellement la clause de résolution légalement sous-entendue dans celui de leur auteur, et qu'ils ne peuvent prescrire contre ce titre (art. 2240). Il en est autrement de ceux à qui les détenteurs précaires ont transmis la chose par un titre translatif de propriété (art. 2239). Car évidemment le titre précaire de leur auteur n'aura pas été relaté dans leur titre d'acquisition. Mais au contraire, quand un propriétaire commutable vend ou aliène la chose, il appuie ordinairement sur son propre titre l'aliénation qu'il consent, et la transmission, dans l'intention commune des parties, doit être censée n'avoir porté que sur le droit qu'il avait. Ainsi, dans notre hypothèse, l'ayant cause à titre particulier ne pourra invoquer d'autre prescription que celle de l'article 966. Mais à ce droit, qui ne pourra jamais lui être contesté, se joindrait pour lui le bénéfice de la prescription ordinaire,

si le donataire lui avait dissimulé son titre; car alors rien n'empêcherait ce tiers acquéreur de s'appliquer purement et simplement la disposition de l'article 2239.

110 *bis*. V. Dans tous les cas où, suivant notre doctrine, les détenteurs jouissent du bénéfice de la prescription ordinaire, j'entends que cette prescription courra en leur faveur du jour de leur entrée en possession, et cela sans distinguer si cette entrée en possession a précédé ou suivi l'événement qui produit la révocation. Vainement prétendrait-on qu'avant cet événement la prescription ne devrait pas courir contre le donateur, sous prétexte qu'il ne pouvait agir. Cette objection, selon moi, serait mal fondée; nulle part, en effet, je ne vois que la condition qui suspend le droit d'un propriétaire empêche de courir contre lui la prescription à l'effet d'acquérir. Là, en effet, ne s'applique pas la disposition de l'article 2259, qui, à l'égard d'une créance conditionnelle, suspend le cours de la prescription à l'effet de se libérer. Cette différence s'explique eu égard à la base différente des deux prescriptions, comme on le verra au siége de la matière. Maintenant, quand il serait vrai que le propriétaire conditionnel, contre lequel on fait courir la prescription, ne peut pas agir, cela n'offrirait pas pour lui grand inconvénient; car l'action sera probablement intentée par le propriétaire actuel, intéressé en général à ne pas laisser prescrire, et dont la diligence profitera, suivant l'événement, soit à lui-même, soit au propriétaire conditionnel. Mais il y a mieux à dire, c'est que rien n'empêche le propriétaire conditionnel, qui a droit de faire des actes conservatoires, d'interrompre lui-même, en cas d'inaction ou de collusion du propriétaire actuel, la prescription en faisant reconnaître par le possesseur ou déclarer contre lui le droit éventuel qu'il a sur la chose.

110 *bis*. VI. La loi n'a réservé ici que l'effet des interruptions; elle n'a rien dit des causes de suspension, telles que de droit. Mais ce n'est pas une raison pour ne pas les appliquer en vertu des principes généraux. Car elles sont établies en vue de toute espèce de prescription, à moins d'une exception particulière. Or, un simple argument *a contrario* ne suffit pas pour tenir lieu d'une exception formelle.

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

111. La loi règle successivement 1° la forme requise pour la validité des testaments (section 1 et 2); 2° les dispositions qui peuvent y être contenues, et les effets qu'elles doivent produire (sections 3, 4, 5, 6 et 7); 3° enfin, comment le testament valablement fait peut être infirmé en tout ou en partie (section 8).

La première section comprend les règles relatives aux testaments dans les cas ordinaires, règles dont la rigueur reçoit exception dans certains cas privilégiés, qui font l'objet de la section suivante.

SECTION I.

Des règles générales sur la forme des testaments.

112. Le Code n'a point admis le principe du droit romain qui faisait consister le testament dans l'institution d'héritier; nous verrons plus loin qu'il n'a pas non plus consacré, du moins avec toutes ses conséquences, le principe du droit coutumier, qui ne permettait pas même cette institution (v. article 1006). Ce qui constitue le testament dans notre droit, c'est la disposition, pour le temps où l'on n'existera plus, de tout ou partie de ses biens (art. 895). Il n'y a pas à cet égard de termes sacramentels : ainsi, quelles que soient les expressions employées, pourvu qu'elles manifestent suffisamment la volonté, la disposition pourra valoir. La loi, du reste, étant aujourd'hui la même pour tous les habitants du territoire français, la décision s'applique *à toute personne*. V. art. 967.

112 *bis*. I. La règle du droit romain, qui faisait de l'institution

d'héritier une condition essentielle du testament, était suivie autrefois dans les pays dits de droit écrit. En pays coutumier, au contraire, loin d'être exigée, l'institution n'était pas même permise, c'est-à-dire qu'elle n'y avait jamais pour effet de conférer le titre d'héritier, ni par conséquent de mettre obstacle à la saisine de l'héritier légitime. Quelques coutumes plus sévères proscrivaient l'emploi même du mot, et frappaient de nullité la disposition faite dans cette forme. Mais la plupart se bornaient, en maintenant d'ailleurs la disposition, à en réduire l'effet à celui d'un legs (1). Telle est, au surplus, la doctrine qui fut consacrée et généralisée par l'ordonnance de 1735 (2). C'est en regard, sans doute, de ces diversités de l'ancien droit que notre Code, en établissant pour toute la France une législation uniforme, et en proclamant la faculté de disposer sous toute dénomination propre à manifester la volonté, proclame cette faculté pour *toute personne*. Entendu autrement, notre article, sous ce rapport, ferait double emploi avec l'article 902.

Au reste, il est bien à remarquer que ce n'était point précisément et uniquement, eu égard au domicile de la personne dans un pays soumis ou non soumis au droit écrit, que se déterminait autrefois, soit l'effet de l'institution, soit l'effet de l'absence d'institution. Il y avait à cet égard trois choses à considérer : 1° le domicile de la personne ; 2° le lieu de la confection du testament ; 3° le lieu de la situation des biens. Ainsi, c'est le lieu de la confection du testament qui déterminait si le testament devait ou non, pour la régularité de sa forme, contenir une institution d'héritier. Quant à l'effet de cette institution, il se réglait diversement, suivant la situation des biens. Mais la considération du domicile de la personne faisait traduire ou non en une institution d'héritier, quant aux biens situés en pays de droit écrit, les legs universels contenus au testament fait dans un pays coutumier (V. ord. de 1735, art. 69 et 78.)

112 *bis*. II. La loi, en autorisant ici l'emploi du mot, ne préjuge en rien la question de savoir si elle entend permettre, en effet, l'institution d'héritier. Il est certain, par la définition même qu'elle donne du testament (art. 895), qu'elle ne l'exige pas (3); il est cer-

(1) V. *Répert. de jurispr.*, v° *Institution d'héritier*, sect. 1, n. III.

(2) V. ord de 1735, art. 68 et 71.

(3) V. ci-dessus n. 5 *bis*. I.

tain également que, dans le langage du législateur, toute disposition testamentaire, en quelques termes qu'elle soit exprimée, est un legs. (V. art. 1002.) Mais il reste à savoir si la loi n'attribue pas à certains legs tout ou partie des effets de l'institution d'héritier. A cet égard nous verrons, en effet, que, à la différence du droit coutumier, elle accorde, sous une distinction, la saisine au légataire universel (v. art. 1004 et 1006); et à ce sujet nous aurons à voir si le légataire saisi n'est pas un véritable héritier, continuateur de la personne, et tenu comme tel des dettes *ultra vires*. Bien plus, nous aurons à nous demander si cet effet d'emporter continuation de la personne et charge des dettes *ultra vires*, ne peut pas se concevoir, indépendamment de l'idée de saisine, et s'il ne doit pas, comme au surplus l'enseignent plusieurs, et comme l'a jugé même la Cour de cassation, appartenir à tout legs universel ou à titre universel (1).

113. Mais, pour être efficace, la volonté doit être manifestée dans la forme légale. La première règle à suivre sur ce point tient à la nature même de la disposition à cause de mort. Essentiellement libre, essentiellement dépendant de la volonté ambulatoire de son auteur, le testament ne peut être fait dans le même acte par plusieurs personnes. La prohibition s'applique également au cas de disposition commune au profit d'un tiers, et au cas de disposition réciproque. V. art. 968.

113 *bis*. Un acte formé par le concours de plusieurs volontés ne peut, en général, être changé ou modifié que par le concours de toutes ces volontés. D'autre part cependant la disposition testamentaire, libre et indépendante dans son principe, doit demeurer essentiellement révocable, à la volonté de son auteur. De là les nombreuses difficultés auxquelles donnaient lieu, tant que l'usage en a duré, les testaments mutuels ou faits conjointement; de là les divergences de la jurisprudence sur l'application à leur faire du principe de révocabilité, soit pendant la vie de tous les testateurs, soit après le décès de l'un d'eux. C'est pour tarir la source de toutes ces difficultés que l'usage en fut abrogé par l'ordonnance de 1735, qui admettait pourtant une exception à sa prohibition en faveur

(1) V. ci-dessous n. 152 *bis*. III.

des actes de partage entre enfants ou descendants. (Ord. de 1735, art. 77.) Mais cette exception même, toute favorable qu'elle puisse paraître, n'est point admise par notre Code. (Conf. art. 968 et 1076.)

Il est, du reste, bien entendu que la prohibition embrasse uniquement le testament fait par plusieurs personnes *dans le même acte*. Rien n'empêche, d'ailleurs, deux ou plusieurs personnes de se concerter pour disposer, chacune de son côté, au profit d'un tiers ou au profit l'une de l'autre; mais chacune alors demeure légalement maîtresse de révoquer, quand bon lui semble, son testament. Seulement, la délicatesse pourra l'obliger à ne pas le faire à l'insu des autres.

114. Cela posé, les formes du testament varient suivant le mode qu'il plaît au testateur d'adopter. La loi en autorise trois : l'acte olographe, l'acte public et le testament mystique. V. art. 969.

114 *bis*. I. L'emploi d'une de ces trois formes est essentiel pour la validité du testament. (Conf. art. 969 et 878.) Ainsi le testament doit nécessairement être écrit : l'ordonnance de 1735 avait pris soin de s'en expliquer formellement, pour abroger l'usage du testament nuncupatif admis par le droit romain (1). (V. d. ord., art. 1.) L'écriture, comme on voit, n'est pas seulement requise pour la preuve. Ainsi la disposition verbale, quelque modique qu'elle fût, dans quelque circonstance qu'elle fût intervenue, et soutenue ou non d'un commencement de preuve par écrit, ne pourrait être prouvée par témoins; elle ne pourrait même pas l'être par l'aveu ou le serment. (Nonobst. art. 1342, 1347, 1348, 1356, 1358.) Mais la condition d'écriture dans les formes légales une fois remplie, la disparition de l'acte ne laisse plus lieu qu'à une question de preuve à laquelle doivent s'appliquer les principes ordinaires. J'entends donc alors que, conformément à l'article 1348-4°, si l'on allègue comme cause de la perte un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, on serait admis à prouver, par tous les moyens possibles, l'existence et la perte de l'écrit, sa régularité et son contenu. Cette proposition sera surtout incontestable si c'est à

(1) V. *Just.*, § 14, Inst., *De testam. ord.*

la personne même intéressée à nier le testament que la perte en est imputée.

114 *bis*. II. Deux formes seulement étaient autorisées en général, dans les pays de droit écrit, pour les testaments : celle du testament nuncupatif écrit (v. ord. de 1735, art. 4-8), et celle du testament mystique. (*Ibid.*, art. 9-12.) Des formes plus simples, mais également réglées par l'ordonnance, étaient exigées pour les codicilles. (*Ibid.*, art. 14.) Enfin, une faveur plus grande s'attachait aux testaments, codicilles ou actes de partage faits entre enfants ou descendants : il suffisait qu'ils fussent faits dans la forme ordinaire des actes notariés ou par acte olographe. (*Ibid.*, art. 15-17.)

En pays coutumier, on ne faisait aucune distinction entre les testaments et les codicilles; toute disposition de dernière volonté pouvait être faite, soit par acte olographe (ord., art. 19-21), soit par acte reçu par personnes publiques. (*Ibid.*, art. 23-26.) Nulle autre forme n'était admise. (*Ibid.*, art. 22.)

Notre Code, comme l'on voit, a emprunté à l'un et l'autre droit. Comme le droit coutumier, il permet à tous de tester par acte olographe; il a puisé dans le droit écrit l'emploi de la forme mystique. Quant au testament par acte public, il en règle la forme d'une manière toute spéciale, qui, du reste, semble plus rapprochée du droit coutumier que du droit écrit.

115. Dans le testament olographe, c'est le testateur lui-même que la loi investit, en quelque sorte, d'un caractère public, pour imprimer à ses dernières volontés la certitude requise. Trois circonstances constituent essentiellement, mais uniquement, la forme de ce testament; il faut qu'il soit écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. V. art. 970.

115 *bis*. I. Le mot *olographe*, comme l'indique son étymologie grecque, signifie *écrit en entier*. Trois éléments constituent la régularité et la solennité de ce genre de testaments : l'écriture, la date et la signature; le tout de la main du testateur.

C'est *en entier* que le testament doit être écrit de la main du testateur. De là on tire assez généralement cette conséquence, que ce qui s'y trouve écrit d'une main étrangère annule le testament

pour le tout. On en donne pour raison que la participation d'une autre personne à la confection du testament rend plus ou moins suspecte l'indépendance de la volonté du testateur. Cela posé, on excepte, bien entendu, de la règle le cas où il apparaîtrait que l'addition émanée d'une main étrangère aurait eu lieu à l'insu du testateur, peut-être par le fait d'une personne intéressée à la nullité du testament et dans le but de produire cette nullité. Ainsi limitée, la règle devient d'une application difficile ; car comment distinguer, dans la plupart des cas, si c'est au su ou à l'insu du testateur qu'a eu lieu l'écriture émanée d'une main étrangère? La règle que je propose est plus simple et parfaitement conforme à l'esprit et à la lettre de la loi ; elle consiste à considérer purement et simplement comme ne faisant point partie du testament tout ce qui n'y est point écrit de la main du testateur. A ce moyen, si le testament, réduit à ce qui est écrit de sa main, présente un sens complet et suffisamment clair, il s'exécutera sans avoir égard aux additions émanées d'une main étrangère. Dans le cas contraire, il ne vaudra pas, parce qu'on ne pourra pas chercher dans les additions écrites d'une autre main le complément ou l'explication de la pensée, qui, n'étant pas suffisamment claire, devra demeurer sans exécution.

115 *bis*. II. La date est généralement requise dans les actes ; c'est dans tous un élément utile pour le contrôle des diverses assertions ou énonciations y contenues. Son utilité spéciale dans les testaments est, quand il en existe plusieurs, de déterminer l'ordre de leur confection, et par suite celui qui, comme postérieur, doit prévaloir sur les autres. Ici, comme partout, la date sert aussi à reconnaître si l'acte a été fait en état de capacité. Toutefois, les coutumes n'exigeaient point la date comme condition de validité du testament olographe ; mais l'ordonnance de 1735 avait comblé cette lacune (1). La date requise par l'ordonnance était celle des jour, mois et an ; il est probable que telle est aussi la pensée de notre législateur. Quant à la date du lieu, elle n'a jamais été exigée, et il y a d'autant moins de raison pour l'exiger, que la faculté de tester dans la forme olographe appartient aux Français en quelque lieu que ce soit. (V. art. 999.)

La date requise est évidemment une date sincère et véritable, et

(1) V. ord. de 1735, art. 20.

je crois qu'il y aurait nullité si le testateur avait sciemment donné à son testament une fausse date. *Secus* si l'inexactitude ou l'insuffisance de la date peut être attribuée à l'erreur. Alors il suffira que l'on trouve dans le testament les éléments nécessaires pour le complément ou la rectification.

La date peut précéder ou suivre l'écriture, c'est-à-dire le contexte du testament ; mais il semble qu'elle devrait toujours précéder la signature, pour tirer de cette signature la foi qu'elle imprime à l'acte entier. Cependant la jurisprudence, avec raison selon moi, s'éloigne de cette rigueur, pourvu que la place qu'occupe la date, avant ou après la signature, soit assez rapprochée du corps de l'acte pour permettre de l'y référer.

115 *bis*. III. La signature n'est pas la simple écriture qu'une personne fait de son nom ou de ses noms; c'est le nom écrit d'une manière particulière, selon le mode habituellement suivi par la personne dans les divers actes soumis à cette formalité. Régulièrement la signature devrait être celle du nom de famille ; mais cela même n'est point de rigueur, si l'habitude constante de la personne était de signer autrement. C'est ainsi qu'on a validé le testament d'un évêque, quoique la signature consistât uniquement dans une croix suivie de ses initiales et de l'énonciation de sa dignité. Les évêques, en effet, sont dans l'usage constant de signer ainsi les divers actes de leur ministère (1). Je n'hésiterais pas davantage à considérer comme valable la signature d'un nom de terre, si c'est le nom que portait le plus ordinairement le testateur. J'en dirais autant d'un surnom.

La signature doit en général se trouver en dehors et au-dessous du corps de l'acte; et toutefois je n'entends pas dire absolument qu'on ne pourrait pas, suivant les circonstances, considérer comme signature valable le nom écrit dans le corps de l'acte, s'il apparaissait que ce nom a été tracé dans l'intention de constituer une signature, et dans la pensée d'appliquer cette signature à l'acte entier.

115 *bis*. IV. Sur tous ces points, au surplus, je ne veux pas qu'on se méprenne sur ma pensée. Disons-le donc, je n'entends

(1) Pau, 13 juillet 1822 (P., t. 65, p. 34). La même question s'était déjà présentée pour le testament de Massillon; mais l'affaire s'était terminée par une transaction.

nullement que les pratiques dont je me contente pour constituer l'accomplissement des conditions de date et de signature doivent, en principe, être approuvées ou conseillées. Je crois, au contraire, qu'elles sont irrégulières, et que, dans un acte reçu par un officier public, elles ne devraient pas être tolérées ; mais je crois qu'il faut avoir égard à l'inexpérience du testateur, qui, dans un acte où il dispose seul, n'a personne pour le guider et le redresser. Il me semble que ce serait lui tendre un piége que de lui permettre de tester dans cette forme simple, si la moindre inexactitude par lui commise dans l'accomplissement des conditions légales devait compromettre la validité de son acte, et si l'on ne se contentait pas à cet égard de l'essentiel.

115 *bis*. V. Les conditions d'écriture, de date et de signature peuvent être utilement remplies pour constituer le testament, quelle que soit la matière sur laquelle les caractères auront été tracés, et quels que soient les éléments dont on se soit servi pour les produire. Ainsi le testament pourrait être écrit non-seulement sur papier ou sur parchemin, timbré ou non, mais même, en cas de nécessité, sur le bois ou la pierre ; il peut l'être au crayon ou à la pointe d'un instrument quelconque. Tout ce qu'il faut, c'est que le tracé soit de la main du testateur, et dans l'intention par lui de faire un testament. Mais remarquons à cet égard que, sans des circonstances particulières, on ne devra guère supposer cette intention sérieuse, si l'écriture n'est pas à l'encre, sur papier ou sur parchemin.

La nature et la destination ordinaire du papier employé devront aussi être prises en considération pour juger de cette intention. Ce n'est donc pas indistinctement que je voudrais, ainsi qu'on l'a jugé, voir un testament dans ce qui serait écrit sur un registre destiné à un autre usage (1). J'en dis autant de l'état extérieur du manuscrit, que des ratures nombreuses, des interlignes, des renvois non approuvés, des sommes exprimées en chiffres pourraient, suivant les cas, faire considérer comme un simple brouillon ou projet d'acte. Tout cela, on le sent bien, doit être laissé à l'appréciation des juges.

115 *bis*. VI. Les mêmes principes servent à décider si une lettre missive peut passer pour un testament. Non, sans doute, en thèse générale ; car une lettre missive, de sa nature, n'est point un acte,

(1) Nîmes, 20 janvier 1810 (P., t. 31, p. 335).

et le testament doit être un acte, c'est-à-dire un écrit dressé exprès pour constater les dernières volontés. (Art. 895.) Mais il en faudrait dire autrement si l'auteur de la lettre avait entendu lui donner cette destination et qu'il eût pris soin de s'en expliquer. Alors il n'y aurait pas, à bien dire, testament par lettre missive, mais testament contenu dans une lettre missive, ce que rien n'empêche, puisque notre Code n'a point reproduit la disposition de l'ordonnance de 1735 (1), qui proscrivait formellement cette forme. Il est bien à remarquer, au reste, que cette prohibition de l'ordonnance contenue dans son premier chapitre ne concernait que les pays de droit écrit, où la forme olographe n'était point admise.

115 *bis*. VII. Pour que l'écrit daté et signé puisse être réputé un testament, il ne suffit pas qu'il ait le caractère d'acte, il faut surtout que cet acte exprime la volonté de disposer à cause de mort. (Art. 895.) Or, le simple emploi du mot *donner* pourrait à cet égard prêter à équivoque. Je crois, au reste, qu'en présence de cette expression équivoque, les tribunaux auraient tout pouvoir pour apprécier l'intention véritable; j'ajoute même qu'ils devraient être en général disposés à interpréter dans le sens d'une disposition à cause de mort; car on ne doit pas supposer que l'acte ait été dressé pour ne rien valoir. Or, il ne vaudrait rien si on le traduisait dans le sens d'une donation entre-vifs, qui ne peut être valablement faite que par un acte notarié. (Art. 931.)

115 *bis*. VIII. Le testament olographe n'est en réalité qu'un *acte privé,* qui tire toute sa foi du fait qu'il est écrit, daté et signé par son auteur prétendu; il ne doit donc pas faire foi de ce fait lui-même, s'il est décrié ou méconnu. (V. art. 1323, 1324.) Là ne s'appliquent pas les motifs qui font considérer comme vraiment émané de l'officier public auquel il est attribué l'acte produit en forme authentique; car il est plus facile et moins dangereux pour le coupable de contrefaire l'écriture d'un particulier que de fabriquer un acte en forme authentique. Concluons que les parties intéressées peuvent, sans inscription de faux, se borner à dénier ou méconnaître l'écriture, et que la vérification doit alors être ordonnée, conformément à l'article 1324 (2). Au reste, en le décidant ainsi, j'entends que c'est en général au légataire à prouver la

(1) V. ord. de 1735, art. 2.

(2) C. c., rej. 13 novembre 1816 (P., t. 49, p. 33).

vérité de l'acte méconnu. Cela est incontestable à l'égard d'un légataire tenu de demander la délivrance, et qui ne l'a pas encore obtenue. Nous verrons, sur l'article 1008, si la même règle ne doit pas être appliquée, dans le cas même d'un légataire universel saisi et ayant obtenu du président l'envoi en possession.

115 *bis*. IX. Mais l'écriture une fois reconnue, l'acte doit en général faire foi de tout son contenu ; car la loi donnait au testateur le pouvoir de constater dans cette forme l'expression de sa volonté. Cette règle s'applique même à la date, sans qu'on puisse invoquer ici l'article 1328 ; car de même que l'acte sous seing privé reconnu fait foi même de sa date, tant contre les souscripteurs eux-mêmes que contre tous ceux qui sont tenus de leurs faits (art. 1322), de même le testament olographe doit faire foi contre tous ceux pour lesquels la volonté du testateur dûment exprimée et constatée fait loi (1). Ainsi la date du testament réglera, sans difficulté entre différents testaments, la question d'antériorité. Elle servira également à décider si la confection du testament doit ou non se référer à une époque de capacité du testateur, mais sauf pour les intéressés la faculté de prouver l'antidate, faculté qu'on ne pourrait pas davantage refuser absolument au souscripteur d'un acte d'obligation ni à ses héritiers ou ayant cause. Du reste, l'antidate qui tend à échapper à l'incapacité étant une fraude à la loi, la preuve, comme celle de la fraude en général, se fera par tous les moyens possibles, si la gravité des circonstances paraît aux juges suffisante pour l'admettre. Et comme l'antidate commise par le testateur lui-même ne serait point un faux (v. C. pén., art. 147-150), il est clair que, pour faire la preuve, il ne sera pas besoin de s'inscrire en faux (2).

116. Le testament par acte public, comme en général tous actes auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le

(1) V. C. c., rej. 29 avril 1824 (P., t. 69, p. 513).

(2) Tous ces principes me paraissent parfaitement appliqués par un arrêt de la Cour royale de Caen du 8 avril 1824 (P., t. 71, p. 28). Je ne pense pas que la Cour de cassation, dans l'arrêt ci-dessus cité du 29 avril 1824, ait entendu les contredire ; l'arrêt me semble avoir seulement pour but de repousser l'application de l'article 1328 et de consacrer la doctrine que le testament olographe fait en général foi de la date. Quoi qu'il en soit, je ne saurais admettre, avec les considérants de l'arrêt, que *le testateur imprime* L'AUTHENTICITÉ *à la date qu'il donne à son testament*, ce qui obligerait à s'inscrire en faux pour prouver l'antidate.

caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, doit être reçu par le ministère des notaires (L. 25 vent. an XI (1) (16 mars 1803), art. 1).

Au reste, la loi, qui, dans les cas ordinaires, n'exige l'assistance du notaire par deux témoins qu'à défaut d'un second notaire, exige toujours, pour la validité du testament, la présence de témoins : deux notaires doivent encore être assistés de deux témoins; un seul notaire doit l'être par quatre. V. art. 971.

116 *bis*. I. C'est aux notaires seuls qu'appartient aujourd'hui (hors les cas prévus dans la section 2) le droit de recevoir les testaments par acte public. Telle était bien aussi la règle générale prescrite par l'ordonnance de 1735 (art. 23), mais sans dérogation aux coutumes ou statuts locaux, qui autorisaient également le ministère soit des officiers de justice, soit des officiers municipaux, soit des curés ou desservants. (Ord., art. 24 et 25.) L'ordonnance d'ailleurs se contentait ici, comme pour les actes notariés ordinaires, du ministère d'un seul notaire en présence de deux témoins, ou du ministère de deux notaires sans témoins. (Ord., art. 23.) Notre Code, au reste, en requérant dans tous les cas un certain nombre de témoins, est moins exigeant encore qu'on ne l'était en pays de droit écrit, où le testament nuncupatif écrit devait être fait en présence de sept témoins, y compris le notaire. (Ord., art. 5.)

116 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, le testament par acte public est, comme on voit, un acte notarié soumis, il est vrai, à des règles particulières qui doivent prévaloir sur les règles générales prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, mais qui, à moins de dérogation explicite ou implicite, n'en excluent pas l'application. Remarquons seulement que, sur tous les points spécialement réglés par le Code, la règle qu'il établit, lors même qu'elle pourrait se concilier avec les règles établies sur le même point par la loi générale, doit être censée dérogatoire à celle-ci. A plus forte raison en est-il ainsi lorsque le Code, reproduisant en partie seulement une règle tracée avec plus d'étendue par la loi générale, annonce par là même

(1) III, B. 258, n. 2440.

l'intention d'en réduire ainsi, au point de vue qu'il détermine, la portée et l'application (1).

Cela posé, les points spécialement réglés par le Code pour les testaments par acte public sont, outre le nombre et la présence des témoins (art. 971), la dictée, l'écriture, la lecture; le tout avec mention expresse (art. 972); la signature du testateur ou la mention qui peut la remplacer (art. 973); la signature des témoins (art. 974); enfin, toujours quant aux témoins, leur capacité, soit relative (art. 975), soit absolue (art. 980). Sur tous ces points donc il y a lieu de s'en tenir absolument et exclusivement aux dispositions du Code. Quant à la capacité des notaires et à leur compétence, soit territoriale (L. 25 vent., art. 5 et 6), soit personnelle ou relative (d. l., art. 8 et 10, al. 1), le Code ne s'est nullement expliqué, et par là évidemment il s'en est référé à la loi sur l'organisation du notariat. Le même principe amène la même conséquence en ce qui concerne l'obligation, pour les notaires, de connaître ou de se faire attester l'individualité des parties, c'est-à-dire ici du testateur (d. l., art. 11), et pareillement celle d'énoncer dans leurs actes leur nom et le lieu de leur résidence, les noms et demeures des témoins instrumentaires et la date du lieu, de l'an et du jour (d. l., art. 12). Il est aussi évident qu'il y a lieu d'appliquer aux testaments les dispositions de l'article 13 sur l'obligation d'écrire les actes en un seul et même contexte, lisiblement et en toutes lettres, avec énonciation des qualités des parties et de celles des témoins certificateurs de l'identité. Il en faut dire autant des articles 15 et 16 sur les renvois et apostilles, et sur les surcharges, interlignes ou additions dans le corps de l'acte. Quant à l'article 14 relatif aux signatures, il ne demeure directement applicable aux testaments qu'en ce qui concerne la signature du notaire ou des notaires, celle du testateur et celle des témoins étant l'objet d'une disposition spéciale du Code.

116 *bis*. III. Une observation qu'il ne faut point omettre, c'est que parmi les différentes règles ci-dessus rappelées et que nous reconnaissons applicables aux testaments, plusieurs ne sont pas prescrites à peine de nullité. (V. à ce sujet d. l., art. 68, qui ne se

(1) Il est évident, par exemple, que l'article 980, en exigeant chez les témoins testamentaires la jouissance des droits civils, exclut l'application de l'article 9 de la loi sur le notariat, qui exige que les témoins soient *citoyens* français.

réfère point aux articles 11, 12, 13, 15 et 16.) Il est donc évident que leur omission n'entraînerait pas plus la nullité d'un testament que celle d'un acte quelconque. Dans les autres cas, la nullité s'appliquera en vertu de l'article 68, et cela, bien entendu, sans distinguer si l'acte est ou non revêtu de la signature du testateur; car il ne peut être ici question de faire valoir cet acte comme écrit sous seing privé (d. l., art. 68, et C. civ., art. 1318), la simple signature ne pouvant constituer un testament. A l'égard des règles spéciales que le Code a établies pour les testaments, elles sont toutes prescrites à peine de nullité. (Art. 1001.)

116 *bis*. IV. D'après notre théorie, c'est uniquement par application de la loi du 25 ventôse an XI que doit se résoudre la question de savoir si les testaments sont compris dans la règle qui prescrit aux notaires de garder minute des actes qu'ils reçoivent (d. l., art. 20). Vainement, à cet égard, chercherait-on dans le Code civil un élément de solution négative, en combinant le silence qu'il garde ici sur ce point avec la disposition expresse de l'article 931, qui soumet à cette forme l'acte de donation entre-vifs. Cet argument *a contrario* n'aurait pas, selon moi, grande valeur : la disposition expresse de l'article 931 prouve seulement l'importance que le législateur attachait à ce que l'obligation de garder minute fût appliquée à la donation, indépendamment de la règle générale concernant les autres actes. Quant aux testaments, il n'y avait pas lieu à la même préoccupation : de là le silence de la loi; mais ce silence ne suffit point pour empêcher l'application de la loi du notariat; il faudrait pour cela qu'on trouvât au siége même de la matière quelque disposition annonçant l'intention d'y déroger.

Toute la question consiste donc à savoir si les testaments par acte public sont ou non compris dans les exceptions que cette loi elle-même apporte à sa disposition, pour certains actes qu'elle énumère *et pour* AUTRES *actes simples qui, d'*APRÈS LES LOIS, *peuvent être délivrés en brevet*. Le testament est-il un de ces actes *simples* dans le sens de la loi? J'ai peine à le croire quand je compare sa nature, son but et l'importance des droits qu'il tend à constituer, avec l'intérêt simple en lui-même et pour ainsi dire passager des actes compris dans l'énumération. Et, d'autre part, je ne sache pas qu'aucune *loi* ait jamais autorisé nommément à délivrer les testaments en brevet. Toutefois, la question est sérieusement contro-

versée, et serait susceptible d'une longue discussion, à laquelle le plan de cet ouvrage ne me permet pas de me livrer (1). Je me borne à dire, sur ce point, qu'un avis du comité de législation du conseil d'État, du 7 avril 1821 (2), a décidé que les testaments ne peuvent être expédiés en brevet et doivent être nécessairement passés en minute.

116 *bis*. V. Une autre question, qu'il ne faut pas confondre avec celle-ci, est de savoir si la minute du testament, quand elle a été gardée, peut être remise au testateur sur sa demande. Il y aurait certainement de très-bonnes raisons pour faire désirer sur ce point une solution affirmative; mais la négative paraît écrite dans l'article 22 de la loi du notariat. Quoi qu'il en soit, la question a bien moins d'importance que la précédente, parce que la règle de l'article 22 n'a pas, comme celle de l'article 20, pour sanction la peine de nullité. Ainsi la contravention du notaire qui remettrait la minute au testateur ne pourrait jamais l'exposer qu'à des dommages-intérêts, s'il y avait lieu. Or, je ne vois pas qui pourrait avoir qualité pour lui demander ces dommages-intérêts; ce ne serait certainement pas le testateur lui-même qui a réclamé cette remise, et qui, d'ailleurs, n'éprouve aucun préjudice. Quant aux légataires, ils peuvent bien éprouver un préjudice si le testateur a supprimé la minute qui lui a été remise; mais comme celui-ci était toujours maître de révoquer son testament, ce qu'il fait en le supprimant, les légataires ne peuvent pas prétendre que ce préjudice, œuvre de la volonté du testateur, leur ait été causé par le fait du notaire.

117. La loi, toujours pour donner plus de certitude à l'expression d'une volonté qu'elle investit d'une si grande puissance, et qui ne doit d'ailleurs s'exécuter qu'après la mort, assujettit la rédaction de l'acte à des solennités particulières. Ainsi, 1° le testateur doit dicter lui-même ses dispositions; 2° il doit les dicter au notaire ou aux deux notaires; 3° le notaire ou l'un des deux doit les écrire de sa propre main;

(1) Ceux qui voudront l'approfondir pourront consulter d'une part Merlin (*Répert.*, t. 17, v° *Notaire*, p. 222 et suiv., sect. 5 et 6); il soutient que l'exception s'applique aux testaments. D'autre part, on peut voir, en sens contraire, la savante discussion de M. Coin de l'Isle (*Donations*, art. 971, n. 39-50).

(2) Sirey, 1823-2-82.

4° il doit les écrire telles qu'elles sont dictées; 5° ici, comme dans tout acte, il faut mettre le testateur à même de juger si ses volontés ont été fidèlement reproduites, en lui donnant lecture de la rédaction; 6° la présence des témoins est spécialement requise pour cette lecture; 7° enfin, pour qu'on ne puisse négliger aucune de ces formalités substantielles, sans commettre un faux et s'exposer aux peines dues à ce crime, il doit être fait de leur accomplissement une mention expresse. V. art. 972.

117 *bis*. I. La dictée, lorsque le testament est reçu par deux notaires, doit être faite à tous deux, quoiqu'un seul des deux écrive. La loi veut marquer par là que chacun d'eux doit recueillir avec la même attention la parole qui lui est adressée, l'un pour la reproduire fidèlement, l'autre pour être à même de s'assurer qu'elle est fidèlement reproduite.

Le testament doit être écrit *tel qu'il est dicté*. Ainsi les notaires ne peuvent en général formuler à leur manière la pensée du testateur, au risque de la changer, dans une rédaction qui leur serait propre et qu'ils soumettraient ensuite à leur approbation. C'est l'expression même qu'ils doivent reproduire; et toutefois cela ne les astreint pas à reproduire les incorrections de langage et les tours de phrase vicieux qu'a pu employer le testateur. Si le notaire, en effet, n'est ici qu'un secrétaire, il doit être du moins un secrétaire habile et intelligent. Bien plus, l'obligation d'écrire le testament tel qu'il est dicté n'emporte pas nécessité de l'écrire dans la langue dans laquelle il est dicté; il serait même irrégulier d'en agir ainsi lorsque le testament sera dicté en langue étrangère; car un acte du gouvernement, ayant à cet égard force de loi, prescrit d'écrire en langue française tous les actes publics, sauf aux officiers publics, s'ils en sont requis par les parties, à écrire en marge une traduction en langue du pays (1). Quoi qu'il en soit, il importe de remarquer que la règle qui prescrit d'écrire en langue française n'est

(1) V. arrêté des consuls du 25 prairial an XI (III, B. 292, n. 2881); V. à ce sujet lettre du ministre de la justice adressée aux notaires de Bruxelles le 4 thermidor an XII (Merlin, *Répert.*, v° *Langue française*, n. 5); V., au surplus, ordonnance du mois d'août 1539, art. III.

point établie à peine de nullité, et peut-être même y aurait-il des circonstances où le notaire, craignant, par exemple, de n'entendre pas assez bien la langue étrangère pour en faire sous la dictée la traduction en français, ferait bien d'écrire dans la langue du testateur.

117 *bis*. II. Tout acte notarié doit être lu aux parties avant sa clôture. C'est bien ce que suppose la loi du 25 ventôse quand elle prescrit de mentionner cette lecture, mention, au reste, qui n'est pas prescrite à peine de nullité (d. l., art. 13); mais ici la loi spécifie l'obligation de donner lecture au testateur, et lecture en présence des témoins, sans préjudice d'ailleurs de l'obligation de mentionner l'une et l'autre circonstance, comme doit être mentionné généralement l'accomplissement de toutes les formalités prescrites; le tout à peine de nullité (art. 1001). L'insistance de la loi sur la présence des témoins au moment de la lecture pourrait sembler sans objet, car la lecture fait partie de la confection de l'acte, qui doit être tout entier passé en leur présence (art. 971); mais on veut montrer par là l'importance particulière attachée à leur présence effective, c'est-à-dire à leur présence de corps et d'esprit au moment solennel où le testateur est mis à même de vérifier si sa pensée a été fidèlement et exactement reproduite. Remarquons, au surplus, qu'il n'est pas absolument nécessaire que la lecture soit donnée par le notaire qui a écrit; il peut aussi bien la faire donner par un autre que la donner lui-même; car la loi exige seulement que la lecture soit donnée. Remarquons encore que la lecture peut être donnée autrement que par récitation, en faisant lire par le testateur lui-même. C'est évidemment à ce dernier moyen qu'il faudrait recourir si le testateur était sourd.

117 *bis*. III. La mention expresse que la loi exige est une garantie puissante de l'accomplissement exact des formalités prescrites. Car l'officier public qui en omettrait quelqu'une ne pourrait soustraire son acte à la nullité qu'en commettant un faux. En se pénétrant bien de cette idée, on arrive à conclure que, pour être suffisante, la mention ne doit présenter aucune équivoque. Car, au moyen de cette équivoque, il pourrait arriver que, l'omission effective de la formalité venant à être prouvée, l'officier public échappât à la peine du faux; et dès lors le but de la loi serait manqué. Cette idée, exacte en principe, a été effectivement appliquée d'abord à la

rigueur par la jurisprudence; et l'on a, en conséquence, annulé pour défaut de mention expresse des testaments dont les termes, pris dans leur sens naturel, indiquaient l'accomplissement effectif des formalités légales, mais pouvaient à toute force se traduire autrement (1). Depuis on s'est, avec raison, je crois, relâché de cette extrême rigueur; aujourd'hui donc on permet aux tribunaux d'interpréter, dans leur sagesse, les termes de la mention, et quand tout porte à croire que les choses se sont passées conformément à la loi, et que les termes de la mention se traduisent naturellement dans ce sens, on n'annule pas le testament sous prétexte qu'une autre traduction ne serait pas absolument impossible (2). Quoi qu'il en soit, on sent combien il importe d'éviter toute équivoque dans les expressions de la mention; car si cette équivoque n'entraîne pas nécessairement la nullité du testament, elle est certainement de nature à l'entraîner, et c'est là un danger auquel les notaires doivent craindre d'exposer leurs actes. Le plus sûr est donc de reproduire textuellement, dans la mention, les termes mêmes de la loi; car, bien qu'en principe il n'y ait point de termes sacramentels, il est toujours dangereux d'en substituer d'autres, qui pourraient n'être pas jugés aussi significatifs qu'ils le paraissent à celui qui les emploie.

117 *bis*. IV. A première vue, il semblerait que la mention de l'accomplissement d'une formalité ne devrait point précéder cet accomplissement. Mais si l'on considère que les mentions écrites dans l'acte, à quelque place que ce soit, ne prennent vie que par la signature qui le termine, on aperçoit bien vite que l'ordre d'écriture est indifférent, et que la mention d'une formalité qu'on se proposait d'accomplir suffit pour prouver son accomplissement effectif, parce qu'elle n'est signée qu'après cet accomplissement. C'est donc un point constant que les diverses mentions requises par notre article 972 peuvent se trouver indifféremment au commencement, à la fin ou dans le cours de l'acte.

117 *bis*. V. La mention expresse exigée par l'article 972 ne se réfère qu'aux formalités énoncées audit article. Toutefois, nous allons voir que l'article suivant prescrit également, et toujours à

(1) V. C. c., cass. 11 et 24 juin 1811 (P., t. 30, p. 321).

(2) V. C. c., rej. 28 novembre 1816 (P., t. 50, p. 273); V. à ce sujet Toullier, n. 428 et 429.

peine de nullité (art. 1001), la mention expresse de la déclaration que doit faire le testateur qui ne sait ou ne peut signer. Mais la loi se borne là, et ne reproduit point la disposition de la loi du 25 ventôse, qui prescrit de faire à la fin de l'acte mention de la signature des parties, des témoins et des notaires. De là, je crois, on est fondé à conclure, d'après notre théorie (1), que, la formalité de la signature étant spécialement réglée, en ce qui concerne le testateur par l'article 973, et en ce qui concerne les témoins par l'article 974, il n'y aurait pas lieu d'annuler, par application des articles 14 et 68 de la loi du 25 ventôse, un testament revêtu effectivement de la signature du testateur et de celle des témoins, mais qui n'en contiendrait pas la mention. Quant à la signature des notaires, dont le Code n'a pas parlé, mais dont apparemment il n'a pas entendu dispenser, puisque c'est elle seule, en définitive, qui imprime à l'acte entier le caractère d'authenticité, il est clair qu'il s'en est référé à cet égard à la loi générale, et que cette règle, pour les testaments comme pour tous les autres actes, est écrite dans les articles 14 et 68 de la loi du 25 ventôse. Maintenant, cette règle, prise à la lettre, amènerait la nullité de l'acte notarié, testament ou autre, non-seulement pour défaut de signature des notaires, mais pour le simple défaut de la mention qui doit en être faite; mais comme la mention de la signature des notaires, qui se révèle d'elle-même par son apposition à l'acte, est loin d'avoir en principe la même importance que celle de la signature des parties et des témoins, un avis du conseil d'État a décidé, d'après l'esprit de la loi, et par argument d'un arrêté antérieur du 15 prairial an XI, *que la peine de nullité prononcée par l'article 68 ne doit être appliquée qu'au défaut de mention de la signature, soit des parties, soit des témoins, et ne doit point être appliquée au défaut de la mention de la signature des notaires qui ont reçu l'acte.* V. avis du conseil d'État du 20 juin 1810 (2).

118. Le complément de ces formes est dans les signatures de toutes les personnes qui ont concouru à l'acte. Le Code ne dit rien de celles des notaires; il est évident que rien ne peut en tenir lieu. Quant à celle du testateur, elle se remplace par

(1) V. ci-dessus n. 116 *bis*. II.
(2) IV. B. 296, n. 5605.

sa déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer. Dans ce cas, il est fait mention expresse de la déclaration, et même de la cause qui empêche de signer. V. art. 973.

118 *bis*. I. La signature dans une hypothèse, dans l'autre la mention de la déclaration qui en tient lieu, c'est tout ce que prescrit la loi quant à la signature du testateur, et nous sommes fondé à en conclure, comme nous l'avons fait, qu'on ne peut appliquer aux testaments la nullité prononcée par la loi du 25 ventôse an XI, pour le défaut de mention de la signature des parties. Toutefois, les notaires feront bien, je crois, de ne point omettre cette mention, qui ajoute certainement un degré de certitude au fait de la signature. Mais j'entends, d'ailleurs, que la certitude légale existe indépendamment de la mention, et que la signature attribuée au testateur, par cela même qu'elle est suivie de celle des notaires, est suffisamment attestée et fait foi jusqu'à inscription de faux.

118 *bis*. II. C'est la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer qui tient lieu de la signature, parce qu'elle signifie que le testateur signerait si cela lui était possible. C'est donc cette déclaration, et non pas seulement le fait d'impuissance, qui doit être expressément mentionnée. Il en est de même dans les actes ordinaires pour ce qui concerne la signature des parties (L. 25 ventôse, art. 14, al. dernier). Mais ici la loi semble exiger une déclaration plus précise, puisqu'elle exige la mention de la cause qui empêche de signer, et apparemment la déclaration de cette cause. Il est certain pourtant que, si le testateur déclare *ne savoir* signer, la simple déclaration du fait est en elle-même suffisamment énonciative de la cause qui empêche; mais si c'est l'impuissance qui est déclarée, il faut alors faire déclarer en même temps la cause actuelle de cette impuissance. Toutefois, je ne sais pas si cette idée doit être suivie à la rigueur, et si l'on n'aurait pas satisfait à la loi par cela seul que la mention établirait distinctement soit la déclaration *de ne savoir*, soit la déclaration *de ne pouvoir* signer.

La déclaration qui remplace la signature ne doit naturellement intervenir, comme interviendrait la signature elle-même, qu'à la fin de l'acte. C'est donc naturellement à la fin de l'acte que doit s'en trouver la mention; c'est, en effet, le prescrit de la loi du

25 ventôse (art. 14), à laquelle il convient sous ce rapport de se conformer pour les testaments. Et, toutefois, comme cette loi n'est pas ici directement applicable, je crois que la mention pourrait être jugée suffisante, lors même qu'elle se trouverait à une autre place (1), pourvu qu'il apparût d'ailleurs aux juges que c'est après avoir pris connaissance de l'acte entier que le testateur a fait sa déclaration.

119. A l'égard des témoins, la règle générale est qu'ils doivent signer; toutefois, dans les campagnes, où l'instruction est généralement moins répandue, il serait souvent difficile de trouver en nombre suffisant des personnes de confiance sachant signer; la loi se contente donc de la signature de la moitié des témoins appelés. V. art. 974.

119 *bis*. I. L'exception établie pour les campagnes est facile à justifier en principe; mais son application peut donner lieu à difficulté, parce que la loi n'a pas défini ce qu'il faut entendre par le mot *campagnes*. Au reste, si l'on se pénètre bien de l'esprit de la loi, il est certain qu'on ne comprendra pas sous cette dénomination une foule de bourgs ou de villages, construits et peuplés à l'instar des villes, quoique cette qualification, d'ailleurs tout arbitraire, ne leur soit point attribuée par l'usage. Ce qu'il faut considérer, c'est si la commune est formée d'habitations plus ou moins isolées, si la majorité des habitants est livrée aux travaux des champs; enfin, on devra aussi tenir compte de l'isolement particulier du lieu où le testament se rédige. Telles sont, en effet, les circonstances principales qui peuvent rendre plus ou moins difficile la réunion instantanée d'un nombre suffisant de témoins lettrés et inspirant confiance au testateur. C'est donc là, comme on voit, une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux, dont la décision souveraine échapperait à la censure de la Cour de cassation (2). Au reste, l'incertitude que nous signalons sur l'interprétation du mot *campagnes* est une raison pour que dans la pratique on évite le plus possible de faire naître la question, et pour qu'on

(1) V. C. c., cass. 18 août 1817 (P., t. 50, p. 90).

(2) C. c., rej. 10 juin 1817 (P., t. 52, p. 146); *id.*, 10 mars 1825 (P., t. 85, p. 484).

use par conséquent très-sobrement de la faculté ici accordée d'admettre dans la confection d'un testament quelques témoins qui ne signent pas.

119 *bis*. II. Pour la signature des témoins, pas plus que pour celle du testateur, la loi ne prescrit de mention expresse. Ici donc pas plus que là, cette mention, tout utile qu'elle peut être, ne doit être considérée comme formalité substantielle. Mais ce qui semble plus étonnant, c'est que la loi n'exige point à l'égard des témoins qui ne signent pas la mention de la cause qui les en empêche. Est-ce inadvertance? On serait tenté de le croire, car nous voyons que pour d'autres actes où sont admis des témoins illettrés, dans les actes de l'état civil (art. 38), dans les testaments d'exception (art. 998), elle s'explique formellement sur la nécessité de cette mention.

Quoi qu'il en soit, la mention dont il s'agit n'étant prescrite par aucun texte qui soit ici directement applicable, il faut bien admettre que l'omission de cette mention n'empêcherait pas le testament de valoir, s'il est d'ailleurs régulier. Peut-être, au surplus, si l'on veut voir là une indulgence particulière du législateur, peut-être, dis-je, s'expliquera-t-on cette indulgence en considérant que le testament devra toujours être signé par un nombre de témoins suffisant ou plus que suffisant pour la régularité d'un acte notarié ordinaire.

120. Les témoins, étant appelés au testament pour corroborer le témoignage du notaire, ne doivent être ni intéressés dans l'acte ni placés dans la dépendance du notaire. La loi, du reste, ne comprend dans ses termes, pour cette exclusion, que les légataires eux-mêmes, leurs parents ou alliés au 4e degré, et les clercs des notaires. V. art. 975; voy. pourtant L. 25 ventôse, art. 8 et 10.

120 *bis*. I. La loi énumère ici les incapacités relatives des témoins au testament par acte public; cette énumération doit, d'après notre théorie, être considérée comme limitative, et il n'est pas permis d'en aller puiser d'autres dans l'article 80 de la loi du notariat; ce qui le prouve, c'est le soin que la loi prend ici d'exclure les clercs des notaires, exclusion déjà prononcée par ladite loi.

J'en conclus, sans difficulté, qu'on peut admettre comme témoins

les parents, alliés ou serviteurs du testateur. Le texte même de la loi susdite, s'il était applicable, ne s'y opposerait pas, car il ne comprend que les parents, alliés et serviteurs des *parties contractantes;* or le testateur, sans doute, est bien partie dans le testament, il y est même partie unique, mais ce n'est pas une partie contractante.

Je dis aussi que l'on peut admettre les parents, alliés et serviteurs des notaires; car l'article 975 n'exclut que leurs clercs. Je sais qu'il peut paraître bizarre de repousser les clercs, quand on ne repousse pas les domestiques placés dans un état de plus grande dépendance. Mais on a pensé, apparemment, que les clercs que le notaire a toujours sous la main, et que leur intelligence des affaires recommanderaient facilement au choix du testateur, seraient trop fréquemment appelés, ce qui aurait pu devenir abusif; tandis qu'il n'est guère à craindre que l'on abuse de la faculté d'appeler les serviteurs du notaire. Aucun texte n'excluant non plus les serviteurs des légataires, je ne vois aucune difficulté à les admettre, nonobstant l'exclusion prononcée contre les parents et alliés.

120 *bis*. II. Il est donc bien entendu que la loi restreint pour les testaments le cercle des incapacités établies par le droit commun, pour les témoins des actes ordinaires. Cela peut s'expliquer, eu égard au plus grand nombre de témoins ici exigé, et aussi surtout eu égard à l'intérêt du testateur, qui doit jouir d'une grande latitude pour le choix des personnes de confiance qu'il consent à initier ainsi de son vivant au secret de ses dernières volontés. D'autre part, cependant, il est à remarquer que l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance avec les légataires est plus étendu qu'il ne l'est dans les actes ordinaires pour les parents et alliés des parties contractantes; car l'incapacité, qui là s'arrête au degré d'oncle ou de neveu (L. 25 ventôse, art. 8 et 10), s'étend ici jusqu'au quatrième degré (art. 975).

120 *bis*. III. Du silence gardé par le Code sur la compétence et la capacité des notaires, nous avons déjà conclu que ces points restent purement et simplement sous l'empire des règles générales prescrites par la loi du notariat. Ainsi, par application des articles 8 et 10 de ladite loi, un testament ne pourra certainement être reçu par deux notaires parents ou alliés entre eux au degré

prohibé (d. l., art. 10), ni par des notaires parents ou alliés au même degré soit du testateur partie dans l'acte, soit des légataires en faveur desquels l'acte contient disposition (d. l., art. 8). Sur ce dernier point, il est vrai, l'article présente quelque équivoque, et grammaticalement on pourrait soutenir que son exclusion porte non contre les notaires, parents ou alliés des personnes en faveur desquelles les actes contiendraient quelque disposition, mais seulement contre les notaires au profit personnel desquels seraient faites ces dispositions. Mais telle ne saurait être la pensée du législateur, qui n'avait pas plus besoin de refuser expressément au notaire le pouvoir de recevoir des actes contenant disposition en sa faveur, qu'il n'a eu besoin de lui défendre de recevoir l'acte dans lequel il serait partie. Ces deux prohibitions existent dans la nature des choses; mais ce qui avait besoin d'être dit, et ce qu'on a voulu dire, en effet, c'est que la parenté ou alliance avec les personnes gratifiées par l'acte, dans lequel elles ne sont point parties, produit le même empêchement que la parenté ou l'alliance avec les parties, parce qu'il y a en effet même raison.

120 *bis*. IV. L'empêchement des notaires pour parenté ou alliance avec les légataires s'arrête au degré d'oncle ou de neveu. Il en résulte qu'un notaire parent au quatrième degré pourrait recevoir un testament dans lequel l'article 975 ne lui permettrait pas d'être témoin. C'est un simple fait que nous constatons. La différence, au reste, tient peut-être uniquement à ce que les deux incapacités n'ont pas leur origine dans la même loi. Quoi qu'il en soit, on comprend très-bien que le législateur ait étendu moins loin l'incapacité du notaire, dont le caractère public offre une garantie, et dont le remplacement d'ailleurs pourrait n'être pas indifférent au testateur, que celle d'un témoin qui n'a aucun caractère public, et qui peut toujours être plus facilement remplacé.

120 *bis*. V. L'empêchement de parenté ou d'alliance avec l'un des légataires constituerait dans le notaire ou dans le témoin une incompétence qui vicierait l'acte entier. Telle est, en effet, la conséquence littérale des termes du législateur, soit dans l'article 8 de la loi du notariat, soit dans l'article 975. On ne pourrait ici, comme au cas d'incapacité d'un légataire ou de disposition prohibée, borner la nullité au legs que la loi réprouve. Car il y a

contravention à une règle de forme, et la forme de l'acte entier est indivisible.

121. Celui qui veut faire constater authentiquement ses dernières volontés sans les divulguer peut employer les formes du testament mystique. Dans ce cas, il doit écrire ou faire écrire, mais, dans l'un ou l'autre cas, signer son testament. Il le présente clos et scellé à un notaire et à six témoins, ou le fait clore et sceller en leur présence. La déclaration qu'il fait lors de la présentation tient lieu de la dictée requise dans le testament par acte public. Cette déclaration doit exprimer si le testament est écrit et signé, ou s'il est seulement signé par lui. C'est de la présentation et des circonstances qui l'accompagnent qu'il est dressé par le notaire un procès-verbal appelé *acte de suscription*, parce qu'il est écrit sur le papier même du testament ou de son enveloppe. L'acte de suscription est signé par le notaire, les témoins et le testateur, sauf le cas où celui-ci ne pourrait plus signer. Il est fait alors mention de sa déclaration à cet égard, et cette mention suffit pour remplacer sur l'acte de suscription la signature qui se trouve au bas du testament. Toutes les formalités qui suivent la présentation doivent, au surplus, avoir lieu de suite et sans divertir à d'autres actes. V. art. 976.

121 *bis*. I. Celui qui veut faire un testament mystique doit d'abord écrire ou faire écrire, et dans l'un ou l'autre cas signer ses dispositions. Telle est, du moins, la règle générale, dont on ne peut s'éloigner qu'au cas prévu par l'article suivant, en remplissant alors une formalité particulière (art. 977).

Il doit ensuite présenter le papier au notaire et à un nombre déterminé de témoins (six), en déclarant que le contenu est son testament.

Le papier doit être *clos* et *scellé;* cette formalité peut d'ailleurs ou précéder la présentation ou s'accomplir en présence du notaire et des témoins.

La déclaration doit exprimer si le testament est écrit et signé ou s'il est seulement signé par le testateur.

C'est de toutes ces circonstances, constitutives de la régularité

de l'opération, qu'il doit être dressé l'acte dit de suscription; c'est assez dire que l'acte doit, en général, les énoncer toutes; remarquons seulement qu'en ce qui concerne le fait d'écriture ou de simple signature des dispositions par le testateur, l'acte ne peut constater que la déclaration de celui-ci.

L'acte appelé de suscription est *dressé* par le notaire, c'est-à-dire, je crois, écrit de sa main. C'est, au reste, ce que dit plus précisément l'article 979, pour le cas particulier qu'il régit, sans qu'on puisse apercevoir aucun motif de différence.

L'acte est écrit, soit sur le papier même qui contient les dispositions, soit sur la feuille servant d'enveloppe.

Il est signé par le notaire, par le testateur et par les témoins, c'est-à-dire par les six témoins, car rien n'autorise à suppléer ici la disposition de l'article 974, qui, dans les campagnes, déclare suffisante la signature de la moitié des témoins du testament par acte public.

Quant à la signature du testateur, qui, ayant signé les dispositions, se trouve ne pouvoir signer l'acte de suscription, elle se remplace, avec raison, par la déclaration qu'il en fait, et dont mention doit être insérée dans l'acte. Ce cas, au reste, ne doit pas être confondu avec celui où le testateur n'aurait pas pu signer ses dispositions. (V. art. 977).

Enfin, une règle spéciale puisée dans la solennité du testament romain veut que toutes les opérations constitutives du testament mystique aient lieu de suite et sans divertir à d'autres actes (1). Il est, d'ailleurs, bien entendu que les opérations dont il s'agit ne commencent qu'à la présentation. Quant à l'écriture des dispositions, peu importe qu'elle ait eu lieu de suite ou à plusieurs reprises; peu importe qu'un intervalle plus ou moins long s'écoule entre la rédaction et la présentation. Réellement, en effet, c'est seulement au moment où il présente, comme contenant ses dispositions, le papier qu'il apporte, c'est alors seulement, dis-je, que le disposant commence à tester dans la forme mystique. C'est pour cela, sans doute, que la loi, s'éloignant en ce point de l'ordonnance de

(1) C'est-à-dire surtout qu'il ne faut point interrompre l'opération commencée pour vaquer à une autre affaire; mais il serait permis de la suspendre quelques instants pour laisser un peu reposer le testateur ou pour lui administrer un médicament (V. *Justinien*. L. 28, Cod., *De testam.*).

1735 (1), n'exige point que les dispositions soient datées. La seule date importante est celle de l'acte de suscription, c'est à celle-là qu'il faut s'attacher pour reconnaître si le testament a été fait en état de capacité, ou pour déterminer entre plusieurs testaments lequel doit prévaloir, comme fait le dernier.

121 *bis*. II. Le papier présenté comme contenant les dernières volontés doit, aux termes de la loi, être *clos* et *scellé ;* il semblerait en résulter qu'un simple cachet servant à fermer le papier ne suffirait pas, et que ce cachet devrait porter une empreinte. Ce serait là, en effet, une garantie de plus contre les fraudes, et l'on ne peut nier que tel ne soit le sens naturel du mot *sceller,* qui suppose l'apposition d'un *sceau*. Mais comme, en tout cas, le silence de la loi laisserait toute latitude sur le choix de l'empreinte, et permettrait l'emploi de la plus insignifiante et de la plus facile à reproduire, v. gr. celle d'une pièce de monnaie, on en conclut assez généralement que l'empreinte même n'est pas une condition nécessaire, et que le testament est *scellé* par cela seul qu'il est cacheté en pain, cire ou autre matière, de manière qu'il ne puisse être ouvert sans fracture ou déchirure. Il est vrai que dans ce système la clôture et le scellé, distinctement prescrits par la loi, semblent se confondre. Mais on peut répondre que la simple obligation de clore pourrait s'accomplir par l'emploi de différents moyens, *puta* par couture ou avec des fils; tandis que pour *sceller,* il faut l'emploi d'une matière au moins analogue à la cire.

121 *bis*. III. L'acte de suscription doit évidemment énoncer les divers faits qu'il a pour but de constater. Cela s'applique, sans difficulté, au fait de la présentation et de la déclaration qui l'accompagne; mais cela me paraît comprendre l'énonciation du fait de la clôture et du scellé, soit qu'il ait précédé la présentation, soit qu'on opère au moment même. Il n'est pas moins évident que la déclaration insérée dans l'acte doit être explicite sur le fait d'écriture ou de simple signature par le testateur de la pièce présentée. C'est effectivement à tous ces faits, dont l'énumération précède dans le texte, et qui sont de nature à être certifiés par le notaire *de visu et auditu,* que se réfèrent ces termes de la loi : *Le notaire* EN *dressera l'acte de suscription*. Quant aux autres prescriptions qui suivent dans le texte de l'article, signature du

(1) V. ord. de 1735, art. 38.

testateur, du notaire, des témoins, et obligation de procéder de suite et sans divertir à d'autres actes, il peut être utile, sans doute, d'en certifier l'accomplissement par une mention dans l'acte; mais comme elles ne sont pas comprises dans la formule ci-dessus, *le notaire en dressera l'acte*, et comme d'autre part la loi n'a exigé d'autre mention spéciale que celle de la déclaration de ne pouvoir signer, il faut dire que l'omission de ces mentions ne pourrait entraîner la nullité du testament.

121 *bis*. IV. Selon moi, il n'y a point d'incapacité relative pour les témoins à l'acte de suscription. Je crois, en effet, que ce qui concerne la capacité des témoins testamentaires est réglé exclusivement par le Code. Or, comme on ne peut appliquer ici l'article 975, qui est spécial pour les testaments par acte public, il ne reste applicable aux testaments mystiques que l'article 980, qui établit les incapacités absolues.

Partant de là, j'admettrai sans difficulté, comme témoins à l'acte de suscription, les parents, alliés ou serviteurs du testateur, et à ce sujet je remarque qu'ils ne seraient pas même exclus par les termes de l'article 10 de la loi de ventôse, puisque le testateur n'est pas partie *contractante*.

J'admettrai les légataires et leurs parents alliés ou serviteurs; car l'article 975 est le seul texte qui les comprenne dans ses termes, et cet article n'a pas trait au testament mystique. Cela, au surplus, se justifie d'autant mieux que les legs ici sont censés, et seront le plus souvent ignorés par le notaire et par les légataires eux-mêmes.

Enfin, j'admettrai les parents, alliés ou serviteurs du notaire, j'admettrai même ses clercs, puisque l'exclusion prononcée contre ceux-ci par l'article 975 n'est pas plus applicable ici que ne l'est pour eux et pour tous les autres celle qu'on voudrait tirer de l'article 10 de la loi de ventôse. Au surplus, tout ce que j'entends conclure de là, c'est que les rapports existants entre les témoins et le notaire ne seraient point une cause de nullité; mais il sera toujours sage au notaire de ne point admettre, sans nécessité, les témoins que ces mêmes rapports excluraient de tout autre acte notarié. Mon observation s'applique également aux testaments par acte public, en ce qui concerne la faculté que nous avons reconnue d'y appeler les parents, alliés et serviteurs du notaire (1).

(1) V. ci-dessus n. 120 *bis*. I.

121 *bis*. V. Quant à la capacité du notaire, dont le Code n'a aucunement parlé, nous disons, comme nous l'avons dit pour le testament par acte public, qu'elle est régie purement et simplement par la loi du notariat. Aux termes donc de l'article 8 de cette loi, l'acte de suscription ne pourra être dressé par le notaire parent ou allié du testateur, évidemment partie dans l'acte; mais je n'appliquerais pas la même incapacité au notaire soit légataire lui-même, soit parent ou allié d'un ou plusieurs des légataires. Ce n'est pas que le testament ne contienne disposition à leur profit, ce qui semblerait suffire pour rendre applicable la disposition finale de l'article 8, disposition que nous avons en effet appliquée quand il s'agissait du testament par acte public (1); mais il faut dire que l'acte de suscription, le seul ici que reçoive le notaire, ne contient pas les legs, en ce sens qu'il ne les révèle pas. Il importe d'autant plus de s'attacher à cette idée, que le notaire, dans le système contraire, pourrait être à son insu exposé à prêter son ministère pour un acte dont il serait incapable, et qui plus tard serait frappé d'une nullité, contre laquelle l'ignorance et l'inexpérience du testateur n'auraient pu être mises en garde par la sagesse de l'officier public.

121 *bis*. VI. L'acte de suscription restant d'ailleurs soumis aux règles générales de la loi du notariat, lorsque le Code n'y a pas explicitement ou implicitement dérogé, il s'agit de savoir s'il n'y a pas lieu de lui appliquer la disposition de l'article 20, qui oblige les notaires à garder minute de leurs actes. Mais telle ne paraît pas être la pensée du législateur, qui prescrit non pas la remise du testament au notaire, mais simplement sa présentation (art. 976), laissant par là le testateur libre de le remporter après qu'il l'a fait revêtir des formes voulues. Cette pensée apparaît mieux encore dans les articles 1007 et 1008, qui règlent les formes à remplir pour la mise à exécution. Ces formes sont les mêmes que pour le testament olographe, et loin de supposer que la présentation sera faite par le notaire rédacteur de l'acte de suscription, comme cela devrait être s'il en restait dépositaire, la loi veut seulement que le notaire, mis sous ce rapport sur la même ligne que les témoins, soit appelé à l'ouverture, et cela seulement s'il est sur les lieux, après quoi le président ordonne le dépôt chez un notaire quelconque. En présence de ces arguments tirés du Code lui-même, on peut, je

(1) V. ci-dessus n. 120 *bis*. III.

crois, dire hardiment que l'acte de suscription, auquel l'ancienne jurisprudence n'a jamais appliqué l'obligation de garder minute, est un de ces actes simples exceptés de la règle par la disposition finale de l'article 20 (1).

121 *bis*. VII. Lorsque l'acte de suscription est parfait, revêtu de toutes les formes et conditions légales, cet acte et l'écrit qu'il couvre ou renferme deviennent un seul tout, sous le nom de testament mystique. Il n'y a nullement lieu alors de se préoccuper de ce que pouvait valoir en lui-même l'écrit avant sa présentation. Eût-il eu jusque-là le caractère légal de testament olographe, il le perd évidemment au moment où il devient testament mystique; mais ce n'est pas une raison pour conclure, avec quelques-uns, que le testament nul comme mystique ne puisse valoir comme testament olographe. Vainement dirait-on que l'écrit daté et signé que le disposant se proposait de faire revêtir de la forme mystique n'était, dans sa pensée, qu'un simple projet, et que ce projet ne peut que demeurer tel lorsqu'un défaut de forme l'empêche d'acquérir l'existence qui lui était destinée, c'est là une pure pétition de principe; car pourquoi supposer que l'auteur de l'écrit n'a pas voulu dès le principe donner immédiatement à cet écrit toute la force dont il était susceptible ? Sans doute il lui destinait, sous une autre forme, une existence nouvelle dans laquelle la première viendrait se perdre et se confondre; mais ce n'est pas une raison pour qu'il n'ait pas entendu lui donner dès le principe une existence propre, et la lui conserver pour le cas où la condition qui devait la lui faire perdre ne se réaliserait pas. Telles sont les raisons qui me déterminent et m'ont toujours déterminé pour la doctrine, devenue aujourd'hui presque générale, suivant laquelle le testament annulé comme mystique doit, s'il est écrit, daté et signé par le testateur, valoir comme olographe.

122. Le testament mystique peut être fait par ceux mêmes qui ne savent pas signer. Mais, pour que le nombre des signatures, qui constitue particulièrement l'authenticité de ce testament, ne reste pas incomplet, la loi exige alors la présence d'un septième témoin. Au moyen de la mention qui en

(1) V. au surplus M. Coin de l'Isle, art. 976, n. 20.

sera faite, et qui énoncera la cause, la signature de ce témoin sur l'acte de suscription suffira pour remplacer celle du testateur, qui manque ici absolument. V. art. 977.

123. Quant aux personnes qui ne peuvent lire, comme elles n'auraient aucun moyen de vérifier par elles-mêmes si l'acte qu'elles présenteraient contient effectivement l'expression fidèle de leur volonté, la forme mystique leur est absolument interdite. V. art. 978.

124. A l'égard de ceux qui ne peuvent parler, la forme ordinaire du testament mystique ne leur est évidemment pas applicable; mais, s'ils savent écrire, ils peuvent la remplir par équivalent, en faisant par écrit la déclaration qu'ils ne peuvent faire de vive voix. Dans ce cas, la loi veut que le testament qu'ils présentent soit *écrit, daté et signé* de leur main, qu'ils écrivent leur déclaration en présence du notaire et des témoins, et que cette circonstance soit formellement mentionnée dans l'acte de suscription; pour le surplus, on s'en réfère aux règles ordinaires. V. art. 979.

124 *bis*. Le testateur qui, ne pouvant parler, est forcé de recourir à la forme spéciale réglée par l'article 979, ce testateur, dis-je, sait nécessairement écrire. On s'explique ainsi, jusqu'à un certain point, l'obligation qu'on lui impose d'écrire son testament de sa main. Cela même pourtant est sévère; car telle personne en état d'écrire les quelques lignes qui composent sa déclaration éprouverait peut-être de la difficulté à écrire *in extenso* un long testament. Il semble donc qu'on aurait bien pu donner à la déclaration écrite autant de force qu'en a, dans les cas ordinaires, la déclaration verbale pour faire valoir l'écrit revêtu seulement de la signature; mais ce qui ne peut guère se justifier, c'est l'obligation de dater, puisque nous savons que la date intérieure du testament mystique est sans intérêt (1). La seule explication qui apparaisse, c'est que notre article 979 est copié dans l'article 12 de l'ordonnance, qui exigeait en effet la date dans ce cas particulier, parce que l'ordonnance l'exigeait dans tous les cas (ord., art. 38); mais la règle générale de l'article 38 n'ayant point été consacrée par le

(1) V. ci-dessus n. 121 *bis*. I.

législateur, il eût paru conséquent de n'en point consacrer ici l'application. Quoi qu'il en soit, la loi est bien expresse, et je doute que les tribunaux osassent valider un testament mystique fait au cas prévu par notre article, et dans lequel la date serait omise.

125. Une règle commune aux testaments par acte public et aux testaments mystiques détermine la capacité générale requise dans les témoins qui y seront appelés. Ils doivent être mâles, majeurs, sujets du roi et jouissant des droits civils. V. art. 980.

125 *bis*. I. Suivant la théorie aujourd'hui généralement admise, les qualités requises dans les témoins testamentaires étant spécialement réglées par le Code, il n'y a pas lieu d'en exiger d'autres par application de la loi du 25 ventôse an XI. Ainsi l'on ne doit pas appliquer ici l'article 9 de la loi, qui veut que les témoins instrumentaires soient citoyens français et domiciliés dans l'arrondissement. Cela est surtout évident en ce qui touche la qualité de citoyen, qui suppose toujours, avec la qualité de Français mâle et majeur, la jouissance des droits civils, tout cela réuni avec la jouissance des droits politiques. Il est bien clair dès lors que le législateur, s'il avait entendu exiger la qualité de *citoyen*, n'avait pas besoin d'exprimer spécialement les quatre autres renfermées dans celle-là. Quant à la condition de domicile dans l'arrondissement, l'intention de déroger n'est pas aussi manifestement indiquée; mais il suffit que cette condition ne soit point énoncée dans l'article 980, pour qu'on doive, d'après nos principes, décider qu'elle n'est pas exigée.

A l'égard de la condition de savoir signer, elle est certainement requise en général chez les témoins du testament, puisque, sauf le cas réservé par l'article 974, cet article et l'article 976 exigent, pour la validité de l'acte, la signature des témoins.

125 *bis*. II. La loi n'exige pas seulement que les témoins jouissent des droits civils, elle veut qu'ils soient sujets du prince; on ne doit donc point admettre pour témoin l'étranger autorisé à établir son domicile; car il jouit bien des droits civils (art. 13), mais il est toujours étranger, et n'est point conséquemment sujet du prince. C'est vainement que, pour échapper à cette conséquence, on chercherait à équivoquer sur le sens du mot *sujet de l'empereur*,

substitué en 1807 à l'expression primitive de *républicole*, et destiné probablement dans la pensée du législateur à n'exprimer que la même idée. Or, dit-on, cette idée, si l'on s'en tient à l'étymologie des mots *régnicole* ou *républicole*, c'était d'exiger seulement l'habitation sur le territoire. Mais c'est là une pure illusion. Le mot *régnicole*, dans l'ancien droit, s'opposait à AUBAIN, et signifiait donc purement et simplement le Français par opposition à l'étranger (1). C'est donc évidemment dans le même sens qu'a dû se prendre le mot *républicole*, forgé sur le premier. Au reste, si quelque doute avait pu rester sur ce point, il disparaîtrait nécessairement devant la traduction officielle que le législateur a faite de ce mot, en lui substituant ceux de *sujets de l'empereur*, qui ne prêtent à aucune équivoque.

125 *bis*. III. La condition de jouissance des droits civils, ajoutée à celle d'être sujet du prince, c'est-à-dire *Français*, semble d'abord surabondante, puisque tout Français jouit en général des droits civils (art. 8). Mais on a voulu indiquer par là l'exclusion qui serait résultée de la mort civile, qui subsistait alors, et celle qui résulterait encore de la *dégradation civique* (V. C. pén., art. 28 et 34; *jung*. l. 31 mai 1854). Par là aussi, on a certainement donné l'exclusion aux interdits, qui jouissent bien, il est vrai, des droits civils, mais seulement de ceux qui, à la différence de celui dont il s'agit ici, peuvent s'exercer par le ministère d'autrui.

125 *bis*. IV. C'est uniquement des témoins instrumentaires que le Code civil a réglé spécialement la qualité. C'est à leur égard seulement qu'il a écarté ainsi l'application des articles 9 et 10 de la loi du notariat. Quant aux témoins certificateurs de l'identité des parties, lorsqu'elles ne sont pas connues des notaires, il y a lieu pour les testaments, comme pour tous autres actes notariés, de recourir à leur ministère en vertu de l'article 11 de ladite loi, à laquelle sous ce rapport le Code n'a dérogé ni implicitement ni explicitement. J'en conclus que, par application dudit article 11, ces témoins doivent avoir les qualités requises pour être témoins instrumentaires, non pas dans l'acte spécial dont il s'agit, mais dans les actes notariés ordinaires.

125 *bis*. V. L'incapacité d'un ou plusieurs témoins réduit d'au-

(1) V. *Répert. de jurispr.*, v° *Régnicole*.

tant le nombre légalement requis, et frappe conséquemment le testament de nullité (art. 1001). Toutefois, ce principe ne doit pas s'appliquer chez nous avec plus de rigueur que ne l'appliquaient les Romains. Si donc l'incapacité du témoin était généralement ignorée au moment de la confection de l'acte, et qu'il n'y eût à cet égard rien à imputer ni aux notaires ni au testateur, ce serait le cas de dire que l'erreur commune fait droit; et la découverte postérieure de l'incapacité n'annulerait pas le testament. (V. *Justin.*, § 7, Inst. *De test. ord.*) Cette proposition, au reste, est surtout admise dans la doctrine quant aux incapacités résultant d'extranéité ou de privation des droits civils. Mais ma pensée est qu'elle doit être admise sans distinction (1).

SECTION II.

Des règles particulières sur la forme de certains testaments.

126. Ces règles sont relatives à quatre cas :

1° Si le testateur est militaire ou employé dans les armées (art. 981-984, 998);

2° S'il se trouve dans un lieu avec lequel toute communication soit interceptée à cause d'une maladie contagieuse (art. 985-987, 998);

3° S'il est en mer dans le cours d'un voyage (art. 988-998);

4° S'il se trouve en pays étranger (art. 999, 1000).

127. Les trois premiers cas ont cela de commun qu'ils permettent l'emploi de formes plus simples. Ainsi, la nécessité fait attribuer à divers fonctionnaires civils ou militaires le caractère d'officier public pour recevoir les testaments. Dans plusieurs de ces testaments, comme en général dans les actes ordinaires, deux officiers publics procédant conjointement, lorsqu'ils y sont autorisés, n'ont pas besoin d'être assistés de témoins; deux témoins suffisent pour assister l'officier public qui procède seul.

(1) C. c., rej. 18 février 1821 (P., t. 62, p. 53); *id.*, 18 janvier 1830 (P., t. 86, p. 521).

Ces formes, au reste, présentant moins de garantie que les formes ordinaires, et leur emploi ne pouvant être justifié que par la nécessité, non-seulement on n'y peut recourir que lorsqu'on est actuellement sous l'empire de cette nécessité, mais les actes faits sous cet empire ne conservent leur validité que pendant un certain temps après que l'emploi des formes ordinaires est redevenu possible. Le délai varie suivant les cas.

127 *bis*. I. Les officiers publics spéciaux doivent observer, chacun en ce qui les concerne, les formes particulières qui leur sont ici prescrites; l'omission d'une de ces formes entraînerait incontestablement la nullité prononcée par l'article 1001. Mais l'observation exacte de ces formes suffit-elle absolument pour la validité du testament, et ne doit-on appliquer ici aucune des règles contenues dans la section précédente? C'est là ce qu'on ne peut sérieusement prétendre. Car, d'abord, sous la rubrique *des règles générales sur la forme des testaments,* la loi a placé des règles qui ne tiennent aucunement à la forme extérieure de l'acte, et qui nécessairement doivent s'appliquer à tous les testaments en quelque forme qu'ils soient reçus. Telle est, évidemment, la disposition de l'article 967, établissant la faculté de disposer sous toute dénomination propre à manifester la volonté. Il en faut dire autant de la prohibition des testaments mutuels ou faits conjointement (art. 968). Il va sans dire encore qu'une personne placée dans une des trois positions privilégiées qui autoriseraient l'emploi des formes exceptionnelles, n'est jamais obligée d'user de l'exception, et que rien ne s'oppose en droit, si la chose est possible en fait, à ce que cette personne fasse son testament dans l'une des trois formes admises par le droit commun (art. 969), en se conformant aux règles prescrites pour chacune d'elles. Mais cette juste part faite au droit commun, s'il s'agit de régler les formes exceptionnelles, il semblerait qu'on n'eût plus rien à emprunter aux dispositions de la section précédente. Toutefois, avec un peu de réflexion on arrive encore à reconnaître qu'une distinction à cet égard est nécessaire, et que l'idée n'est exacte qu'en ce qui concerne les formes proprement dites de la rédaction. Celles-là sont, en effet, complétement réglées par les articles spéciaux de notre section. Mais à moins de supposer dans

la loi une lacune que rien ne saurait justifier, il faut bien appliquer aux témoins, dont l'assistance est requise dans les testaments d'exception, les règles de capacité relative ou absolue établies par les articles 975 et 980.

127 *bis*. II. Cela posé, il est clair que les officiers spéciaux que la loi charge purement et simplement de *recevoir* les actes, ne sont pas strictement obligés à se conformer pour cette réception aux formes et conditions prescrites aux notaires pour la rédaction des testaments. Ainsi la dictée par le testateur, l'écriture par l'officier public lui-même, la lecture au testateur en présence des témoins, enfin les mentions expresses de l'accomplissement de ces formalités (V. art. 972), tout cela, sans doute, peut être bon à observer; mais comme rien de tout cela ne constitue essentiellement la réception d'un acte, il faut dire que rien de tout cela n'est ici exigé. Quant à la signature du testateur, à celle de l'officier public et à celle des témoins, l'article 998 contient une règle spéciale qui suffit évidemment pour écarter l'application des articles 973 et 974.

127 *bis*. III. La faculté de tester dans la forme mystique n'ayant pas été organisée d'une manière spéciale pour les cas exceptionnels dont il s'agit, la conséquence naturelle est que cette forme ici n'est pas admise, et que le testateur, s'il veut l'employer, doit se conformer en tout point au droit commun, tel qu'il est réglé par les articles 976-979; ce qui exclut à cet égard le ministère des officiers publics spéciaux. Et, toutefois, comme un testament ne consiste essentiellement que dans la déclaration des dernières volontés, et que la loi ici n'a rien prescrit de spécial sur la manière dont les volontés doivent être déclarées, soit explicitement, soit par relation à un autre écrit, il ne serait pas impossible qu'on déclarât valable, comme testament, l'acte par lequel le fonctionnaire compétent constaterait, dans les formes simples dont l'emploi lui est permis, que le contenu au papier qui lui a été présenté, et sur lequel l'acte devrait alors être dressé, a été déclaré être l'expression de sa dernière volonté. On voit que de cette manière on arriverait à l'équivalent d'un testament mystique. Quoi qu'il en soit, c'est là, selon moi, une pratique dangereuse, et dont je conseillerais en général de s'abstenir.

127 *bis*. IV. Les testaments d'exception perdent leur force après l'expiration d'un délai déterminé. (V. art. 981, 987, 996.) Mais

tant que ce délai n'est pas écoulé, leur force demeure entière. Si donc la cause d'exception vient à renaître, le testament continue à valoir, et je ne vois pas pourquoi sa valeur serait moindre qu'elle ne le serait s'il avait été refait depuis la survenance de la nouvelle cause d'exception. Je crois, en conséquence, qu'il n'y a aucunement lieu à tenir compte de la portion de délai écoulée avant cette survenance, et que le testament conservera sa force jusqu'à l'expiration du délai entier, à partir du jour où la nouvelle cause d'exception aura cessé. Ainsi le décidait le jurisconsulte romain, pour le testament du militaire rentré dans l'année au service qu'il avait quitté (V. Paul, l. 38, § 1, ff. *De testam. mil.*). Il va sans dire, au reste, si l'on admet cette doctrine, qu'il y aurait inconséquence à en borner l'application au seul cas de testament militaire, et qu'on doit suivre la même règle dans les deux autres cas d'exception, si la cause qui les produit vient à cesser et à renaître avant l'expiration du délai déterminé.

127 *bis*. V. J'ai supposé jusqu'à présent que la cause d'exception qui avait cessé d'exister, est venue à se reproduire avant l'expiration du délai. C'est, en effet, à ce cas de reproduction de la même cause que j'entends borner ma proposition. Mais j'en dirais tout autrement s'il y avait eu seulement passage d'un cas d'exception dans un autre, *puta* si le militaire sorti du service depuis moins de six mois, entrait dans un lieu avec lequel les communications seraient interrompues à cause de la peste. Chacun de ces cas, en effet, étant distinct, et chacun donnant lieu à l'application de formes différentes, on ne pourrait pas dire avec Paul que les deux *milices* n'en font qu'une, ni argumenter du droit qu'aurait le testateur de tester dans la forme suivie dans son premier testament. Je pense donc que le passage d'un cas d'exception dans un autre n'interromprait ou ne suspendrait nullement le délai commencé, sauf au testateur, s'il le juge convenable, à refaire son testament dans la forme spécialement établie pour le nouveau cas dans lequel il se trouve (1).

(1) Ici s'arrête le manuscrit du *Cours analytique de Code Napoléon* laissé par M. Demante. A partir du numéro suivant (128), toute la partie de l'ouvrage imprimée en petits caractères, et portant les numéros *bis*, est l'œuvre de M. Colmet de Santerre; les paragraphes imprimés en plus gros caractères sont la reproduction du *Programme du Cours de droit civil* publié par M. Demante.

128. Les militaires ou employés dans les armées, toujours censés en France tant qu'ils sont sous le drapeau français, peuvent, en tout pays, tester par le ministère d'officiers publics français, et dans les formes réglées par la loi française. La loi consacre ce principe, et détermine en conséquence les fonctionnaires qui peuvent recevoir les testaments militaires, en réglant spécialement le cas où le testateur est malade ou blessé. Du reste, elle permet ou prescrit, suivant les cas, à un seul fonctionnaire de procéder seul en présence de deux témoins, ou à deux fonctionnaires de procéder conjointement sans témoins. V. art. 981, 982. La loi fixe les cas précis où les militaires ou employés peuvent tester dans cette forme privilégiée. Cette faculté est exclusivement bornée à ceux qui, en raison de leur service ou de la position où la guerre les a placés, se trouvent dans l'impossibilité d'accomplir les formes ordinaires. V. art. 983. Enfin, la loi détermine à six mois le délai après lequel le testament ainsi fait perdra sa validité. V. art. 984.

128 *bis*. Les fonctions attribuées par l'article 981 aux commissaires des guerres, appartiennent aujourd'hui aux intendants ou sous-intendants militaires. (V. ordonnance du 29 juillet 1817.)

129. La maladie contagieuse dont un pays se trouve infecté, et la rupture de communication qui en est la suite, pouvant rendre impossible ou insuffisant le ministère des notaires, et au moins difficile l'accomplissement des formes ordinaires, la loi permet aux habitants, atteints ou non de la maladie, d'employer le ministère d'autres fonctionnaires qu'elle détermine : les testaments sont reçus par un seul de ces fonctionnaires, assisté de deux témoins. V. art. 985, 986. Le délai, pour la validité des testaments ainsi reçus, est fixé à six mois, à partir du jour où le testateur a recouvré le libre exercice des communications. V. art. 987.

129 *bis*. Il faut remarquer que les articles 985, 986 et 987 sont applicables dans les lazarets et autres lieux où le régime sanitaire

est établi, et que les autorités sanitaires peuvent dans ces localités recevoir les testaments. (V. loi du 3 mars 1822, art. 1 et 19.)

130. Le voyage en mer met aussi les personnes embarquées dans l'impossibilité d'employer les formes ordinaires; la loi les autorise donc à faire leur testament dans des formes spéciales. Elle désigne distinctement, pour les bâtiments de l'État et pour les bâtiments de commerce, les fonctionnaires du navire qui doivent remplir le ministère d'officiers publics. Elle pourvoit spécialement au cas où il s'agit du testament des chefs de service chargés de recevoir les testaments des autres. Dans tous les cas, deux fonctionnaires désignés, tant dans l'ordre civil que dans l'ordre militaire, procèdent l'un avec l'assistance de l'autre, et en présence de deux témoins. V. art. 988, 989.

131. Des précautions particulières sont prises pour prévenir la perte du testament, et des règles sont établies pour le soustraire le plus tôt possible aux risques de la navigation. A cet effet le testament est fait en double original. V. art. 990.

Au premier port où l'on abordera, en France ou à l'étranger, pourvu qu'il y ait un dépôt public français, le testament sera remis à terre, entre les mains du préposé à l'inscription maritime ou du consul. Si le port est étranger, on n'y remet qu'un des originaux; mais au premier port français, on remet, soit l'original demeuré sur le navire, soit les deux originaux. Le consul ou préposé fait passer le testament en France au ministre de la marine, qui le fait déposer au greffe de la justice de paix du domicile du testateur. V. art. 991, 992.

Enfin, pour que l'on puisse toujours rechercher la trace du testament ainsi remis, la remise est mentionnée sur le rôle du bâtiment, *à la marge du nom du testateur*. Voy. art. 993, dont la ponctuation doit être évidemment corrigée.

131 *bis*. Les dispositions des articles 990-993 ne sont pas rela-

tives à l'existence même du testament. Leur inaccomplissement ne peut faire naître un doute sur la réalité ou sur la sincérité de la manifestation de la volonté du testateur, et dès lors ne peut entraîner la nullité du testament. Il ne faut pas exagérer la rigueur de l'article 1001, en assimilant aux formalités proprement dites du testament, c'est-à-dire celles qui ont trait à sa confection, à l'expression de la volonté du testateur, les formalités qui ont pour but unique d'assurer la conservation du testament, mais qui sont étrangères à son existence.

132. Par suite du principe qui n'autorise les testaments d'exception qu'en raison de la nécessité, le testament maritime ne pourrait être valablement fait, même dans le cours d'un voyage, si le navire avait abordé une terre, *soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français.* Il faudrait alors observer, soit les formes prescrites en France, soit les formes usitées dans le pays où l'on se trouve. V. art. 994.

132 *bis*. Le texte de l'article 994 a fait naître une difficulté sur la validité du testament qui aurait été fait pendant que le navire avait abordé une terre étrangère où il n'y a pas d'officier public français. Si on considère ces derniers mots comme ayant trait seulement au cas où le navire touche une terre de la domination française, on doit dire que les officiers du vaisseau cessent d'être compétents, par cela seul que sur la terre étrangère le Français peut faire son testament devant l'officier public étranger, conformément à l'article 999. Mais plusieurs raisons s'opposent à ce que l'article reçoive une pareille interprétation. D'abord la construction même de la phrase tend à faire croire que les derniers mots régissent les deux hypothèses qu'elle embrasse. Bien plus, comment pourrait-on comprendre qu'à propos d'une terre française, le législateur crût nécessaire d'exprimer la condition de l'existence d'un officier public français? Dire que le navire aborde dans un port français, c'est reconnaître que nécessairement il trouve des fonctionnaires français; ce n'était donc qu'en vue des ports étrangers qu'il pouvait être utile de prévoir soit l'existence, soit l'inexistence d'un officier français. Que si le législateur a pu songer à l'hypothèse improbable d'un abordement dans un pays inhabité, mais appartenant

à la France, il eût dû faire la même distinction pour les terres étrangères, et ne pas proclamer l'incompétence des officiers du vaisseau quand il n'existe même pas d'officier public étranger. Sa pensée est donc bien claire; il ne s'agit pas de savoir sur quel territoire le navire a abordé, mais si le Français peut ou non y rencontrer un officier français. S'il n'en existe pas, certes le testateur pourrait tester devant l'officier étranger, mais on n'a pas voulu le dépouiller du droit de tester dans la forme française par le ministère d'un officier qui parle la même langue que lui. Quelle que soit l'inexpérience des officiers exceptionnellement investis du droit de recevoir le testament, la loi française doit les préférer à des fonctionnaires étrangers sur lesquels elle n'a aucune action, et qui instrumentent tout à fait en dehors de ses prescriptions.

133. Le motif qui autorise le testament maritime s'appliquant également aux gens de l'équipage et aux simples passagers, la loi n'a pas dû établir entre eux de distinction à cet égard; la faculté de tester en cette forme est donc commune aux uns et aux autres. V. art. 995.

134. La loi fixe à trois mois le délai après lequel doit cesser la validité du testament maritime; ce délai court du jour de la descente à terre, dans un lieu où l'emploi des formes ordinaires était possible. V. art. 996.

135. Une observation importante, relative au testament maritime, c'est qu'il ne peut contenir de dispositions au profit des officiers du vaisseau. Cette règle, fondée sur l'état de dépendance dans lequel le testateur se trouve placé à leur égard, reçoit naturellement exception en cas de parenté. V. art. 997.

135 *bis*. I. L'article 997 contient une règle de la même nature que celle de l'article 909. La loi redoute l'abus de l'influence et de l'autorité, et elle établit une présomption de captation. Il ne s'agit pas ici, les termes de l'article le démontrent, d'une incapacité frappant exclusivement les officiers qui reçoivent le testament. Tous les officiers du navire peuvent exercer une pression sur la volonté du testateur, tous sont incapables de recevoir. De même, la loi n'a pas borné sa prescription aux testaments reçus conformé-

ment aux articles précédents, les mêmes abus pourraient se produire à propos de testaments olographes, et l'article comprend ces testaments dans la généralité de ses expressions.

135 *bis*. II. Ainsi envisagée, la disposition de l'article 997 ne peut engendrer une nullité du testament tout entier, car en règle générale l'incapacité d'un légataire vicie seulement le legs qui lui est destiné, et laisse subsister le reste du testament.

136. La loi n'a pas tracé de règles particulières sur la rédaction des trois testaments privilégiés qu'elle autorise par les articles précédents. Le plus sûr, sans doute, pour les fonctionnaires auxquels elle confie cette rédaction, sera d'observer les règles prescrites aux notaires pour la rédaction des testaments par acte public; mais il ne paraît pas que cette forme soit de rigueur. La loi ne s'explique que pour les signatures des officiers publics, du testateur et des témoins. Il est clair que rien ne peut remplacer celle des officiers publics. Quant à celle du testateur, on applique la même règle que dans les testaments par acte public (v. art. 973). Mais là, comme dans les campagnes, on se contente de la signature de la moitié des témoins (v. art. 974). Seulement, la loi exprime ici la nécessité de remplacer la signature qui manque par la mention de la cause qui empêche de signer. V. art. 998.

137. La faculté de tester dans l'une des formes particulières qui viennent d'être expliquées, n'ôte évidemment pas aux personnes qui se trouvent dans l'un des trois cas ci-dessus, celle d'employer la forme plus simple encore du testament olographe. On n'a pas même eu besoin de s'en expliquer, car cette faculté de droit commun ne peut être contestée à un Français, resté, à tous égards, sous l'empire de la loi de son pays, soit qu'il serve sous le drapeau ou qu'il navigue sous le pavillon français.

138. A l'égard du Français qui se trouve en pays étranger, le Code, considérant comme une règle de capacité la disposition générale qui autorise les testaments olographes, permet

d'employer cette forme dans les pays mêmes où elle ne serait pas admise. Sans préjudice, bien entendu, de la faculté de tester dans les formes usitées dans le pays, par application de la règle, *locus regit actum*. V. art. 999.

138 *bis*. I. La loi consacre deux formes de testament permises au Français en pays étranger :

1° Le testament dans la forme usitée dans le pays, en vertu de la règle *locus regit actum;*

2° Le testament dans la forme olographe. L'ancien droit appliquait même au testament olographe la règle *locus regit actum,* d'où découlait la nullité du testament fait dans cette forme dans un lieu où cette forme n'était point admise. (V. *Pothier, Don. test.*, ch. 1er, art. 2, § 1, ordonnance de 1735, art. 19, 29, 32, 35 et 37.) Le Code Napoléon a adopté un autre principe au moins en ce qui touche les Français, soit qu'il considère la règle sur le testament olographe comme une règle de capacité, ainsi que le dit M. Demante, soit que, tout en la traitant comme règle de forme et en adoptant le principe de l'ancien droit comme principe général, il ait voulu y faire exception en faveur du Français. Nous reviendrons bientôt sur ce point.

138 *bis*. II. Un troisième genre de testament était autorisé par l'ordonnance de 1681, et le silence de notre article sur cette espèce de testament a fait naître des doutes sérieux sur sa validité. Il s'agit du testament reçu à l'étranger par le chancelier du consulat de France, en présence du consul et de deux témoins. Le Code ne reproduit pas l'article de l'ordonnance; bien plus, l'article dernier de la loi du 30 ventôse an XII abroge toutes les lois antérieures sur les matières qui font l'objet du Code civil. D'où on a conclu que l'article 24, l. 1er, t. IX de l'ordonnance, était abrogé. Cette conclusion cependant n'était pas nécessaire, car si sur ce point de détail le Code Napoléon et l'ordonnance de 1681 se rencontrent, il est impossible cependant de considérer cette ordonnance comme traitant des matières régies par le Code Napoléon. Reste donc un usage constant que le Code n'a pas directement réprouvé, qu'il a même, on peut le dire, supposé en vigueur, car dans l'article 974 nous avons trouvé qu'il était question d'un officier public français, fonctionnant sur une terre étrangère, et cet officier ne

peut être que le consul ou son chancelier. Cet usage est consacré par une absolue nécessité dans les pays qui n'ont pas d'officiers publics, ou dont les officiers, inspirant peu de confiance aux Européens, sont dépouillés par les traités du droit reconnu par l'article 999 de recevoir des actes pour les Français. Aussi le ministère des affaires étrangères, qui avait d'abord tranché la question contre la compétence des agents consulaires, est-il revenu sur cette décision depuis 1834, et a-t-il enjoint aux chanceliers de consulat de recevoir les testaments. (Circulaire du 22 mars 1834.)

138 *bis*. III. L'article 999 ne parle que du Français qui fait son testament hors de France ; mais l'étranger qui a des biens en France peut tester (loi du 14 juillet 1819), et il faut se fixer sur la nature du testament par lequel il peut disposer de ses biens.

D'abord s'il emploie la forme authentique, on devra appliquer sans difficulté la règle qui subordonne les conditions d'un acte aux lois du pays où il se fait : en France, le testament devra être fait conformément au Code Napoléon ; à l'étranger, conformément à la loi étrangère.

Mais la difficulté apparaît relativement à la forme olographe. L'étranger peut-il valablement l'employer pour disposer de ses biens situés en France? Si on considère la règle sur le testament olographe comme une règle de capacité, ainsi que M. Demante l'envisage dans le texte, on doit refuser à l'étranger la faculté de tester en cette forme, si la loi de son pays ne l'admet pas, car la capacité des personnes est régie par leur loi nationale (v. art. 3) ; mais cette manière d'envisager la règle qui nous occupe nous paraît le résultat d'une confusion. En effet, il ne s'agit pas de savoir si l'étranger peut tester, mais comment il peut tester : la capacité de faire l'acte n'est pas douteuse ; c'est la manière d'user de cette capacité qui seule est en question. Il s'agit donc de la forme et non du fond, et appliquer ici le principe sur les lois qui régissent la capacité, c'est renoncer à distinguer jamais les lois qui régissent la forme des actes ; car il sera toujours facile, en employant une certaine tournure de phrase, de faire d'une question de forme une question de capacité, en demandant si une personne a la capacité de faire un acte de telle ou telle manière.

Des considérations de même nature empêchent de considérer la règle sur le testament olographe comme une règle de disposition

des biens, et appartenant par conséquent au statut réel, doctrine qui aurait pour conséquence d'autoriser l'étranger à disposer en la forme olographe de ses biens situés en France et régis par la loi française (v. art. 3). Un principe qui n'établit pas si les biens sont transmissibles, s'ils peuvent être l'objet d'un testament, mais qui détermine quel genre de testament peut être fait, comment peut être fait le testament, à quelles formalités il est assujetti, ce principe n'a pas trait à la transmission des biens, à l'organisation de la propriété et des patrimoines, c'est purement et simplement une règle de forme.

La conséquence à tirer de ce qu'il s'agit d'une règle de forme, c'est, d'après la jurisprudence, l'application à la question qui nous occupe de la règle *locus regit actum*, en sorte que le testament olographe de l'étranger est valable s'il est fait en France, et nul s'il est fait dans un pays dont la législation proscrit ce genre de testament. C'est la doctrine ancienne, que le Code a bien abandonnée en faveur des Français, et pour multiplier à leur égard les facilités de tester, mais qui ne semble pas avoir été complétement repoussée en ce qui touche les étrangers, puisque l'article 999 ne traite la question qu'au point de vue des Français.

Il est vrai qu'on conteste l'application de la règle *locus regit actum* aux actes qui ne supposent pas l'intervention d'officiers publics, parce que, dit-on, dans ce cas seulement la règle est nécessaire; car les officiers ne peuvent instrumenter que conformément aux lois de leur pays. Cependant la généralisation de la règle n'est pas dénuée de fondement, car la partie qui doit faire un acte et qui cherche à s'éclairer par des conseils, ne peut rencontrer ordinairement que des lumières sur la législation du pays dans lequel elle se trouve, et sous l'empire de laquelle vivent les jurisconsultes et les praticiens qu'elle consulte. Cette raison suffit pour faire rejeter la distinction entre les actes authentiques et les actes privés, en ce qui touche la détermination de la loi qui doit régler leur forme (1).

138 *bis*. IV. Les solutions que nous venons de donner sur l'effet du testament olographe, soit d'un Français, soit d'un étranger,

(1) V. C. c., Rejet 25 août 1847. Dev. 1847-1-713. — C. Angers 21 mai 1852. Dev. 1852-2-289. — C. c., Rejet 9 mars 1853. — Dev. 1853-1-274.

supposent qu'il s'agit de statuer sur le sort de biens régis par la loi française, c'est-à-dire situés en France. Si les biens dont il a été disposé sont situés en pays étranger, il est difficile de dire quel effet la législation du pays attribuera au testament olographe. Nous ne pourrons donner qu'une décision de pure doctrine qui viendra peut-être se briser contre une règle positive de la législation du pays. Il est clair, cependant, qu'en théorie, et en supposant la règle *locus regit actum* admise dans le pays dont il s'agit, le testament olographe du Français ou de l'étranger devra être valable s'il a été fait en France, et nul s'il a été fait hors du territoire français, dans un pays dont la loi repoussait le testament olographe. Bien plus, le Français ne pourrait pas se prévaloir de la disposition de l'article 999 du Code Napoléon, puisque, selon nous, elle ne contient pas une véritable règle de capacité, de statut personnel, mais une simple exception à la règle *locus regit actum,* exception consacrant en faveur du Français un privilége, que les législations étrangères ne sont pas contraintes à respecter.

139. En déclarant valable le testament fait en pays étranger, la loi n'a pas voulu que cet acte échappât à la formalité de l'enregistrement, auquel sont soumis ceux qui sont reçus en France. Elle n'en permet donc pas l'exécution sur les biens situés en France, avant que cette formalité ait été remplie. Bien plus, cet enregistrement, qui doit toujours avoir lieu au bureau du dernier domicile connu, doit être renouvelé au bureau de la situation des immeubles légués. Toutefois, il n'est payé qu'un droit unique. V. art. 1000.

140. La disposition finale de cette section contient la sanction des règles, tant générales que particulières, sur la forme des testaments. Les dispositions de dernière volonté tirant uniquement leur force de la puissance du législateur, leur validité dépend essentiellement de l'accomplissement des diverses formalités auxquelles la loi les assujettit; toutes ces formalités doivent donc être observées à peine de nullité. V. art. 1001.

140 *bis*. I. Nous verrons plus tard sur les articles 1339 et 1340

comment une donation entre-vifs, nulle en la forme, par conséquent viciée radicalement et que le donateur ne peut ratifier, devient cependant susceptible de ratification de la part des héritiers après la mort du donateur. C'est, en effet, l'intérêt des héritiers que la loi avait principalement en vue en attachant la sanction de la nullité à l'inobservation des formes prescrites; et on conçoit facilement que les héritiers soient admis à renoncer au droit ouvert en leur faveur. Les principes posés par les articles 1339 et 1340 doivent être appliqués au cas de testament; en effet, si le premier article ne comprend dans ses expressions que la donation entre-vifs, la décision qu'il contient est *à fortiori* applicable au testament, car valider un prétendu acte de confirmation qui, se référant à un testament antérieur nul en la forme, consoliderait en bloc les dispositions que contenait le premier acte, ce serait méconnaître tout le système de la loi sur la forme des testaments; puisqu'il faudrait chercher à compléter par un autre acte, l'acte régulier qui ne manifesterait pas seul et suffisamment la volonté du testateur.

Le second article peut s'appliquer dans ses termes mêmes aux dispositions testamentaires, puisqu'il emploie l'expression *donation* sans l'addition *entre-vifs;* et, quant à ses motifs, ils existent avec la même puissance, qu'il s'agisse d'une donation entre-vifs ou d'un legs.

140 *bis*. II. C'est donc sur l'article 1340 qu'il faudra examiner quelles sont exactement les circonstances qui peuvent être considérées comme établissant de la part de l'héritier intention de confirmer la libéralité. Qu'il nous suffise de constater, dès à présent, que l'exécution pour avoir force de ratification doit être volontaire, c'est-à-dire avoir les caractères que la ratification elle-même doit réunir d'après l'article 1338; que par conséquent elle doit être faite en connaissance de cause, c'est-à-dire en connaissance des faits qui constituent l'irrégularité du testament. Que si, les faits étant connus, l'héritier alléguait l'ignorance du droit, son allégation demanderait une preuve, car cette erreur ne peut être supposée, et on peut au contraire facilement croire qu'il a voulu exécuter religieusement les volontés du défunt, malgré la nullité de l'acte qui les exprimait. Mais si l'erreur était bien démontrée, nous pensons qu'elle dépouillerait l'acte d'exécution du caractère d'acte confirmatif, car l'erreur de droit comme l'erreur de fait est

exclusive de l'intention de réparer le vice de l'acte primitif, et vicierait une ratification expresse, puisqu'aux termes de l'article 1338 l'acte de confirmation doit contenir la mention du motif de l'action en rescision. Ce qui ne laisse pas de place à la supposition sur laquelle nous raisonnons, d'une ratification qui serait valable, bien que par erreur de droit la partie eût ignoré le vice de l'acte.

SECTION III.

institutions d'héritier et des legs en général.

141. Dans la propriété des termes, l'institution d'héritier diffère essentiellement du legs : l'une confère le droit de succéder à la personne; l'autre n'établit que la succession aux biens.

141 *bis*. Telle était, du moins, la distinction admise dans l'ancien droit, et dont les conséquences pratiques étaient : le droit de saisine de l'héritier institué et son obligation *ultra vires* aux dettes de la succession, droit et obligation également étrangers au légataire.

142. L'institution d'héritier, admise par le droit romain, et nécessaire même pour la validité du testament, n'avait pas lieu autrefois dans les pays coutumiers, où l'on ne reconnaissait pas à la volonté de l'homme le pouvoir de faire un héritier. Cette volonté pouvait bien grever l'héritier légitime de charges plus ou moins étendues, mais non le dépouiller de son titre, ni opérer, au profit d'un autre, la saisine que la coutume opérait dans la personne du parent habile à succéder, quels que fussent d'ailleurs sa ligne et son degré. Notre Code semble s'être éloigné de l'un et de l'autre droit. Il n'exige jamais pour la validité du testament l'institution d'héritier (v. art. 895); mais il nous paraît l'autoriser, au cas où le testateur n'a pas d'héritier à réserve. Il est certain, au moins, que dans ce cas, la saisine légale,

au profit du plus proche parent, peut être empêchée par l'effet du testament (v. art. 1006). Quoi qu'il en soit, le législateur confond sous le nom de *legs* toute disposition par laquelle une personne fait passer à une autre, par acte de dernière volonté, tout ou partie de ses biens; et il en règle diversement les effets, sans s'attacher à la dénomination sous laquelle il a plu au testateur de la faire, suivant qu'elle est universelle, à titre universel, ou à titre particulier. V. art. 1002.

142 *bis*. Le Code s'est débarrassé des difficultés provenant des différences d'expressions; il détermine les effets des dispositions testamentaires, sans se préoccuper de la dénomination employée par le testateur. On verra, dans les explications qui suivent, si le législateur a attaché à ces dispositions, auxquelles il donne toujours la dénomination coutumière, les effets qu'avaient les legs en droit coutumier, ou s'il a entendu faire prédominer l'idée du droit écrit. L'article 1002 ne peut pas être considéré comme décisif sur ce point; il ne règle pas les effets de ces diverses dispositions; il traite la question de mots; il se contente d'assimiler entre elles les expressions usitées, et renvoie quant aux effets aux règles qui seront ci-après établies.

143. Pour bien sentir l'importance de la distinction en legs universel, à titre universel et particulier, il faut d'abord se garder de confondre l'universalité des biens avec les biens déterminés qui la composent en tout ou en partie.

1° L'universalité est un être de raison qui ne change pas avec les biens qui la composent, en sorte que ceux-ci pourraient être renouvelés en entier, sans qu'elle eût éprouvé la moindre altération; 2° l'universalité est susceptible d'accroissement et de décroissement, suivant qu'il s'y ajoute de nouveaux biens, ou que quelques-uns en sont retranchés; 3° l'universalité des biens se diminue de plein droit de l'universalité des dettes ou charges; et conséquemment, chaque portion de l'universalité se diminue d'une part correspondante dans les dettes.

De là des différences essentielles entre les successeurs universels et les successeurs à titre particulier. Ces différences s'appliquent naturellement aux légataires. Mais, en outre, le Code civil a introduit, parmi les légataires de l'universalité, une distinction inconnue dans l'ancien droit : autrefois, en effet, sous le nom de legs *universel* ou de legs *à titre universel*, on confondait également et le legs de l'universalité tout entière, et le legs d'une partie seulement de cette universalité. Aujourd'hui, au contraire, ces deux classes de legs, quelque analogie qui existe entre elles, ont chacune une dénomination propre, et ne sont pas entièrement soumises aux mêmes principes.

SECTION IV.

Du legs universel.

144. Le caractère du legs universel, c'est de comprendre, au moins éventuellement, l'entière universalité des biens du défunt; ce qui n'empêche pas qu'un legs semblable ne puisse être fait en même temps à plusieurs personnes. V. art. 1003.

144 *bis*. I. Quand l'article 1003 présente l'universalité comme objet du legs universel, il oppose, ainsi qu'il vient d'être dit n° 143, le legs du patrimoine considéré comme un ensemble, un tout, susceptible d'augmentation et de diminution, aux legs d'objets spéciaux et déterminés, qui ne seraient pas des legs universels alors même qu'ils comprendraient tous les biens, car le légataire n'aurait pas eu vocation aux biens que le testateur aurait pu acquérir entre la confection du testament et sa mort.

144 *bis*. II. La vocation à l'universalité peut n'être qu'éventuelle. Cela résulte de la disposition de la loi sur le legs universel fait à plusieurs personnes. Chacune d'elles, en effet, n'aura peut-être qu'une fraction du patrimoine; mais si tous les légataires, hormis un seul, refusent la libéralité ou sont incapables de la recueillir, celui qui restera seul recueillera le tout. Et c'est cette éventualité ouverte au profit de chacun des légataires, qui donne au legs le

caractère universel. Si l'intention du testateur manifestée par les termes de son testament, et notamment par une attribution de parts, avait écarté cette chance d'accroissement, le légataire, certain de s'en tenir à sa fraction, ne pourrait être qu'un légataire à titre universel, ce qui ne serait pas sans conséquence pour lui, car il n'aurait pas la saisine au cas de l'article 1006, et peut-être ne jouirait-il pas des fruits conformément à l'article 1005, s'il existe sur ce point une différence entre les légataires universels et les légataires à titre universel. (V. n° 154 *bis*. II.)

144 *bis*. III. La vocation éventuelle à l'universalité peut encore résulter d'autres dispositions, qu'il faut par conséquent considérer comme des legs universels. Quand le testateur a légué tout ce dont la loi lui permet de disposer, il a donné à son légataire la chance d'avoir toute la succession s'il meurt sans héritier à réserve. Aussi l'article 1010 ne comprend-il pas ce legs de tout le disponible dans l'énumération des legs à titre universel.

Si le legs de tout le disponible doit être traité comme universel, il faut en dire autant du legs de la quotité disponible, car les expressions sont indifférentes quand le sens est clair, et le mot *quotité disponible,* dans le langage des jurisconsultes, n'implique pas nécessairement l'idée d'un fractionnement du patrimoine; il est synonyme de cette autre expression : *le disponible.*

Ces deux solutions sont du reste dominées par une question d'intention. Les tribunaux peuvent juger que le testateur a eu en vue le disponible tel qu'il eût été s'il fût mort au moment de la confection de son testament, et qu'il n'a pas voulu donner à son légataire la chance d'augmentation résultant du décès des héritiers à réserve. Le legs alors doit être traité comme si le testament portait : « Je lègue le tiers ou le quart de ma fortune »; c'est un legs à titre universel.

144 *bis*. IV. On doit voir également un legs universel dans le legs de tous les biens en nue propriété : le légataire a non-seulement la chance, mais la certitude de recueillir la totalité du patrimoine, au moins lors de l'extinction de l'usufruit. Le droit qui appartient à l'usufruitier est une charge qui grève le legs, mais le legs ne perd pas son caractère d'universalité, parce que le légataire est grevé d'une charge.

Au contraire, le légataire de tous les biens en usufruit n'est

pas appelé, même éventuellement, à l'universalité du patrimoine, et par conséquent il n'est pas un légataire universel. Nous examinerons plus tard s'il doit être traité comme légataire à titre universel.

145. Le Code civil accorde au legs universel des effets plus ou moins étendus, suivant la qualité des héritiers légitimes du testateur, et suivant la forme du testament dans lequel il est contenu.

145 *bis*. I. La qualité des héritiers et la forme du testament ont une influence quant à l'application des règles contenues dans les articles 1004 à 1008 sur la prise de possession; mais quand il s'agit du fond du droit, tous les légataires sont dans la même position, quelles que soient la qualité des héritiers et la nature du testament.

Leur droit naît ordinairement au jour du décès du testateur. C'est la disposition de l'article 1014, mal placé, il est vrai, sous la rubrique *Des legs particuliers*, mais dont l'application à tous les legs n'est pas douteuse, à cause de sa rédaction en termes généraux et de l'opposition qui existe entre son premier paragraphe, qui est général, et son deuxième, qui mentionne au contraire les legs particuliers.

Du jour du décès, le droit est transmissible aux héritiers du légataire, et ceci était important à dire; car si on eût comparé le légataire universel à l'héritier institué du droit romain, on eût déclaré son droit transmissible seulement après l'acceptation.

Si le legs était conditionnel, le droit ne naîtrait et ne serait transmissible qu'après l'arrivée de la condition (art. 1040).

145 *bis*. II. Le texte du Code ne dit pas quelle est la nature du droit du légataire universel, mais il ne faut pas hésiter à reconnaître que c'est un droit de propriété, propriété de toute la succession, s'il n'existe pas d'héritiers à réserve, propriété indivise, si, par la présence d'un héritier réservataire, il se trouve réduit à une quote-part de la succession. En effet, d'après l'article 711, le legs est un mode de transférer la propriété; d'après l'article 1003, le testateur donne son patrimoine au légataire universel, c'est-à-dire lui transfère la propriété de ses biens; et quoique le légataire en concours avec des héritiers à réserve doive leur demander la délivrance, cette nécessité de se faire mettre en possession n'implique

aucunement la négation du droit de propriété, d'où découlerait une différence entre le légataire universel saisi et celui qui ne l'est pas. Propriétaire de la succession, ou d'une part indivise de cette succession, le légataire universel aura donc une action réelle contre les tiers qui détiendraient les biens héréditaires, et contre les héritiers, l'action en partage et le droit d'exiger le tirage au sort des lots (art. 815-834).

146. Si le testateur a laissé des héritiers à réserve, la loi, qui ne permet pas qu'ils soient dépouillés malgré eux de la qualité qu'elle leur attribue, ne donne à la disposition universelle que les effets ordinaires d'un legs. Ainsi le légataire devient propriétaire du jour de la mort; mais la possession, appartenant aux héritiers par l'effet de la saisine, ne peut lui passer que par la délivrance ordonnée avec eux ou consentie par eux. V. art. 1004.

146 *bis*. I. La saisine est attribuée par l'article 724 aux héritiers légitimes. L'article 1004, dans le conflit entre l'héritier à réserve et le légataire universel, conserve la saisine à l'héritier, et c'est dans ce sens qu'on peut dire : « La disposition universelle n'a que les effets d'un legs, le légataire n'est pas un héritier ».

On a vu, t. III, n[os] 24 et 24 *bis*, ce qu'est la saisine des héritiers, et quelles sont ses conséquences. L'héritier est investi par la loi de la possession des biens héréditaires, indépendamment de toute appréhension de fait. *Saisina defuncti descendit in vivum.* — *Mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione.* — *Le mort saisit le vif sans aucun ministère de fait* (COUTUME DE NORMANDIE, art. 235). Voilà les formules anciennes, qui indiquent d'une manière aussi brève qu'énergique l'effet principal de la saisine.

En vertu de cette investiture légale, l'héritier peut immédiatement agir en maître sur les biens héréditaires, exercer tous les droits du défunt sans se faire autoriser soit par justice, soit par un tiers. Au contraire, le légataire universel, bien que devenu propriétaire de sa part par le seul fait du décès du testateur, ne reçoit pas de la loi, quand il est en présence d'un héritier à réserve, cette possession immédiate, cet exercice direct de son droit. Il doit demander à l'héritier la délivrance de son legs, c'est-à-dire

obtenir de lui, à l'amiable ou par autorité de justice, le droit de prendre possession. Tant que cette délivrance n'a pas été faite, il ne peut prendre possession des biens héréditaires; il ne peut agir ni contre les détenteurs des biens héréditaires, ni contre les débiteurs de la succession.

146 *bis*. II. Cette préférence accordée par la loi à l'héritier à réserve sur le légataire universel, est le résultat d'une juste appréciation de leur position respective. L'héritier a un titre légal, que le testament n'a pu détruire et qui ne peut être suspecté; tandis que le légataire appuie ses prétentions sur un acte que son adversaire peut avoir sujet de critiquer. L'héritier réservataire doit conserver intacte une certaine portion de la succession dont le testateur n'a pu le dépouiller, et on pourrait craindre, si le légataire prenait possession sans contrôle, qu'il « ne cherchât à obscurcir l'état des choses et à rendre illusoires les dispositions de la loi relatives aux réserves. » (*Paroles de M. Jollivet au conseil d'État.*)

Il résulte nécessairement des motifs sur lesquels est fondé l'article 1004, que le testateur ne peut pas y déroger et accorder la saisine au légataire. Décider autrement serait conférer au testateur le droit de dépouiller la réserve d'une garantie que la loi a jugée nécessaire, ce serait rendre possibles, par la volonté du testateur, des atteintes à la réserve.

147. Au reste, la quote-part à laquelle a droit le légataire universel, nonobstant le défaut de saisine, se grossissant naturellement des fruits produits par les biens qui composent l'universalité, il est conforme aux principes d'accorder à ce légataire les fruits échus ou perçus avant la délivrance. Toutefois, le retard de la demande en délivrance pouvant exposer l'héritier à un grave préjudice, si dans tous les cas il était tenu à la restitution des fruits antérieurement perçus, la loi distingue avec raison si la demande est formée avant ou après l'année du décès; et dans le second cas elle fait jouir l'héritier de la faveur accordée au possesseur de bonne foi, faveur qui chez nous prévaut sur le principe *fructus augent hereditatem*. V. art. 1005; voy. à ce sujet art. 928; voy. aussi art. 138.

147 *bis*. On trouve, dans la première proposition de l'article 1005,

une conséquence du caractère qui a été attribué (n° 143) aux universalités, êtres abstraits, complétement distincts des objets qui les composent, masses de biens susceptibles d'accroissement et de décroissement. Les fruits ne sont pas des objets distincts du patrimoine, ils en font partie; celui qui a droit au patrimoine a droit aux fruits qui l'ont augmenté. (V. *Ulpien*, f. 20, § 3, *De hæreditatis petitione*, *D.*) Seulement la loi prend en considération la position de l'héritier; si la demande en délivrance a été formée longtemps après le décès, elle considère alors l'héritier comme ayant juste sujet de croire que le légataire n'exercera pas ses droits, elle le traite comme un possesseur de bonne foi.

148. S'il n'y a pas d'héritiers à réserve, la loi accorde au légataire universel la saisine, qui n'appartient ordinairement qu'aux héritiers légitimes; nous en concluons que le legs alors a vraiment l'effet d'une institution d'héritier. V. art. 1006.

148 *bis*. I. La loi suppose que le défunt n'a pas d'héritiers à réserve, il peut par conséquent ne laisser aucun héritier ou laisser seulement des collatéraux. Dans le premier cas, la saisine est donnée au légataire parce que son droit ne nuit à personne, et qu'il est naturel qu'un propriétaire soit en possession de son bien.

Dans le second cas, quand il existe des collatéraux, l'article 1006 déroge à l'article 724 et prive les héritiers légitimes de la saisine, parce que leur titre a été détruit par la volonté du testateur, et qu'il n'y a pas ici une réserve à protéger contre les usurpations du légataire. La seule crainte possible serait que le testament ne fût pas régulier; mais les articles suivants contiennent des règles qui ont pour but de prévenir ce danger.

148 *bis*. II. La loi, dans les articles 1004 et 1006, a prévu deux hypothèses : existence d'héritiers à réserve, absence d'héritiers à réserve. On peut supposer une troisième hypothèse, qui n'est ni celle de l'article 1004 ni celle de l'article 1006. En un mot, la succession *ab intestat* peut être divisée entre un ascendant et un collatéral, c'est la conséquence des règles du Code Napoléon sur la division des successions en deux lignes. En pareil cas, donnera-t-on la saisine au légataire? Évidemment il ne peut pas avoir la saisine de la totalité, l'article 1006 ne peut pas être appliqué seul; mais on peut être tenté d'appliquer les deux articles, de considérer

chaque moitié de la succession comme une succession distincte, de traiter le légataire dans ses rapports avec le collatéral d'après l'article 1006, et dans ses rapports avec l'ascendant d'après l'article 1004, de donner, en un mot, au légataire la saisine d'une moitié de la succession, et de l'astreindre à demander la délivrance pour le quart qu'il enlève à l'héritier réservataire. Cette solution nous paraît contraire au texte et à l'esprit des articles 1004 et 1006: au texte, car le légataire ne doit être saisi que s'il n'existe pas d'héritiers à réserve; à l'esprit, car si la loi a voulu protéger le réservataire contre les atteintes que le légataire pourrait porter à sa réserve, il est important que ce légataire ne puisse pas s'emparer sans contrôle de la plus faible portion de la succession. Car comment s'assurer qu'il ne s'emparerait que de la moitié, et qu'il ne profiterait pas de ce droit de saisine pour « obscurcir l'état des choses et rendre illusoires les dispositions de la loi relatives aux réserves? » (V. n° 146 *bis*. II.) La règle qui dépouille les héritiers de la saisine est une règle contraire au système général de la loi, protectrice des intérêts de la famille; elle ne doit donc pas être étendue par l'interprétation hors des termes rigoureux des articles qui la consacrent.

148 *bis*. III. On a souvent considéré comme un des effets de la saisine, l'obligation qui pèse sur l'héritier, continuateur de la personne, d'acquitter toutes les dettes, alors même qu'elles dépassent l'actif de la succession. Au point de vue théorique, comme au point de vue historique, on peut nier qu'il y ait un lien nécessaire entre ces deux idées : la continuation de la personne et la saisine, la possession fictive de l'héritier et son obligation aux dettes. Cependant la coexistence habituelle de ces deux faits a pu faire prendre l'un pour la cause de l'autre; si bien que Pothier, dans le chapitre intitulé *De l'ouverture des successions et de la règle le mort saisit le vif* (*Success.*, ch. III), correspondant au chapitre du Code qui comprend l'article 724, présente l'obligation aux dettes comme dérivant de la saisine, et que l'article 724, probablement sous l'influence de Pothier, nous montre réunis, dans la pensée du législateur, ce droit et cette obligation.

On doit conclure de là que, dans l'article 1006, quand le législateur attribue la saisine au légataire universel, il attache à cette expression le sens qu'il lui a donné dans le seul article qui

en contienne l'explication, et qu'il fait produire à cette saisine les effets qui, dans sa pensée, en découlent naturellement. En sorte que le légataire universel saisi doit être considéré comme tenu des dettes *ultra vires*, et c'est dans ce sens qu'on a pu dire : Le legs en ce cas a vraiment l'effet d'une institution d'héritier. (V. t. III, 24 *bis*. III, IV.)

149. Cependant cette saisine du légataire, toujours subordonnée à la sincérité et à la validité du titre qui l'établit, ne peut produire tous ses effets qu'autant que ce titre a le caractère d'authenticité nécessaire pour entraîner après lui la présomption de validité. Si donc le testament est olographe ou mystique, le légataire doit se faire envoyer en possession par le président du tribunal ; cet envoi en possession ne peut même être obtenu qu'après que l'état du testament a été légalement constaté, et lorsque les parties intéressées ont été mises à même de le vérifier et d'en prendre connaissance, par la remise qui en est faite entre les mains d'un dépositaire public (art. 1007, 1008).

150. Ce dépôt, au reste, et les formalités qui le précèdent, doivent avoir lieu, quelle que soit la nature des dispositions contenues dans le testament olographe, quelle que soit la qualité des héritiers légitimes.

A cet effet, le testament doit être présenté au président du tribunal de l'ouverture de la succession ; c'est lui qui l'ouvre, s'il est cacheté ; la présentation, l'ouverture et l'état du testament sont constatés par un procès-verbal dressé par ce magistrat, qui ordonne ensuite le dépôt chez un notaire par lui commis.

L'ouverture du testament mystique est en outre accompagnée d'une solennité particulière ; elle doit avoir lieu en présence du notaire et des témoins signataires de l'acte de suscription, afin qu'ils puissent vérifier l'état du sceau, et reconnaître les signatures apposées. Toutefois leur présence n'est pas indispensable : il suffit qu'ils soient appelés, et l'on n'appelle même que ceux qui se trouvent sur les lieux. V. art. 1007.

151. C'est après l'accomplissement de ces formalités, et en justifiant du dépôt effectué chez le notaire désigné, que le légataire universel, saisi aux termes de l'article 1006, obtient sur requête l'ordonnance d'envoi en possession. V. art. 1008.

151 *bis*. I. Le légataire universel ne perd pas, en ce cas, le bénéfice de la saisine; l'article 1008 ne révoque pas l'article 1006, car le légataire n'a pas besoin de mettre en cause les héritiers et d'obtenir la délivrance contradictoirement avec eux. L'envoi en possession s'obtient sur simple requête par une simple ordonnance du président, après un examen nécessairement sommaire de la régularité apparente du testament, et du caractère d'universalité attribué au legs. Aussi l'envoi en possession est-il essentiellement provisoire, et ne fait-il pas obstacle à des contestations ultérieures entre le légataire universel et les héritiers. Ceux-ci auraient même le droit de prendre des mesures conservatoires, d'exiger notamment l'apposition des scellés et la confection d'un inventaire.

151 *bis*. II. Ces mesures provisoires et le droit d'agir au fond en nullité du testament, sont les seules armes que la loi mette à la disposition des héritiers. Ils ne pourraient ni intervenir avant l'ordonnance pour s'y opposer, ni l'attaquer plus tard par voie d'opposition ou d'appel. En effet, l'ordonnance du président est un acte de juridiction gracieuse, et, à ce titre, elle ne peut être l'objet d'une procédure régulière entre des parties contendantes, ni donner lieu à des recours après qu'elle a été rendue.

Il est important, en procédure, de distinguer la juridiction gracieuse de la juridiction contentieuse : celle-ci ayant la mission de décider entre les prétentions rivales de deux parties que la loi met en présence, celle-là prononçant sur la demande d'une partie que la loi autorise à se présenter seule. Quand il s'agit d'actes de juridiction gracieuse, l'opposition de la partie absente n'a pas sa raison d'être, comme l'opposition à un jugement par défaut. La partie n'ayant pas dû être appelée, rétracter la décision du juge parce qu'elle n'a point été présente, c'est faire le procès à la loi qui a jugé sa présence inutile. La voie d'appel ne peut pas non plus être ouverte contre une décision qui n'est point un jugement et qui, par conséquent, ne porte grief aux droits de personne.

A ces principes sur la distinction de la juridiction gracieuse et

de la juridiction contentieuse, se joignent des considérations tirées du but que s'est proposé l'article 1008. Il ne s'agit que de constater la régularité extérieure, et la sincérité apparente du testament, de mettre le légataire universel institué par acte olographe ou mystique, dans une position analogue à celle du légataire saisi en vertu d'un testament par acte public. Or, ce légataire ne serait exposé qu'à des contestations judiciaires sur le fond de son droit : telle doit être la position du légataire dont parle l'article 1008, après qu'il a satisfait aux conditions exigées par l'article et jugées par la loi des garanties suffisantes pour les héritiers (1).

L'examen sommaire du président ne crée pas contre les héritiers une fin de non-recevoir, ils peuvent donc attaquer le testament, mais le légataire est alors dans la même position que s'il avait été institué dans un testament par acte public; il conserve la possession, à moins que par suite de circonstances exceptionnelles les héritiers n'obtiennent la mise en séquestre. (V. art. 1961.)

151 *bis*. III. Dans le conflit avec les héritiers, le légataire joue le rôle de défendeur, parce qu'il est saisi en vertu d'un titre, et que l'irrégularité de ce titre, la nullité de ce testament, ne doivent pas se présumer; ce n'est donc pas à lui qu'incombe le fardeau de la preuve, si ce n'est quand les héritiers se contentent de dénier l'écriture de leur auteur; la question n'est pas alors sur la nullité du testament, il s'agit simplement d'une vérification d'écriture, et d'après les principes sur les actes privés, c'est au porteur de l'acte qu'il appartient de prouver que l'acte émane de la partie à qui on l'attribue. Si on considérait l'ordonnance d'envoi en possession comme ayant interverti les rôles, et mis la preuve de la fausseté de l'écrit à la charge de l'héritier, non-seulement on attribuerait une importance décisive à une vérification nécessairement superficielle, puisqu'elle n'est pas contradictoire, mais on placerait le testament olographe sur le même plan que l'acte authentique, nonobstant la définition du titre authentique (art. 1316) et les termes de l'article 999 qui le qualifie acte sous seing privé. Enfin, la position de défendeur que l'ordonnance du président a donnée au légataire, en le faisant possesseur, ne suffit pas pour justifier

(1) Voyez en ce sens C. I., Douai, 21 juillet 1854, Dev. 1856-2-116. Paris, 25 mars 1854, Dev. 1854-2-173. — Voyez néanmoins, C. I., Bastia, 22 mars 1854, Dev. 1854-2-173 et Bourges, 30 juin 1854, Dev. 1855-2-16.

cette dérogation aux règles de la loi sur les actes privés. Le légataire, en effet, est possesseur, nul ne lui conteste ce titre, l'héritier revendique la succession, et établit son droit en prouvant sa parenté avec le défunt. Le défendeur allègue qu'il est légataire universel, il doit alors prouver sa prétention (*reus in excipiendo fit actor*). L'acte qui prouve sa qualité est un acte privé, il doit dès lors, si l'écriture est méconnue, procéder en vérification (art. 1324, C. N., et 193, P. C.) (1).

152. Il est clair que le légataire universel auquel la loi accorde la saisine doit acquitter toutes les charges de la succession.

Mais celui qui concourt avec un héritier à réserve ne peut être tenu de la contribution aux dettes que pour sa part et portion. Il est tenu de la même manière envers les créanciers, sauf l'effet de l'action hypothécaire. Il en est autrement des legs : comme ils ne peuvent en aucune manière entamer la réserve, ils doivent être acquittés en entier par le légataire universel, s'il n'y a lieu à réduction. V. art. 1009.

152 *bis*. I. L'article 1009 traite de la position du légataire universel en ce qui touche les dettes et charges de la succession ; il faut d'abord parler des dettes, puis des legs.

152 *bis*. II. L'article ne dit pas un mot du légataire universel saisi (art. 1006), probablement parce que la loi considère la décision qu'elle a donnée sur la saisine comme entraînant nécessairement la solution de la question sur les dettes et charges, autrement comment pourrait-on expliquer le silence de l'article 1009 sur cette hypothèse? Pourquoi le législateur ne parlerait-il des dettes et charges qu'à propos du légataire en concours avec l'héritier à réserve? Nous avons établi, n° 148 *bis*. III, que le légataire saisi était tenu de toutes les dettes, même au delà de son émolument, il est inutile de revenir sur ce point.

(1) Voyez néanmoins plusieurs arrêts de la Cour de cassation, Cassat. 23 mai 1843, Dev. 1843-1-491. — Rejet, 23 janvier 1850, Dev. 1850-1-302; Cassat., 21 juillet 1852. — Dev. 1852-1-655; mais dans le sens de la décision ci-dessus, C. R., Besançon, 23 mars 1842, Dev. 1842-2-205. — C. Caen, 2 juin 1851, Dev. 1852-2-13; C. Caen, 17 janvier 1852, Dev. 1853-2-411-412; C. I., Douai, 10 mai 1854, Dev. 1854-2-435.

152 *bis*. III. Quant au légataire universel non saisi, bien que sa position relativement aux dettes soit l'objet de l'article 1009, il n'est pas facile de la déterminer exactement.

M. DEMANTE a fait pressentir (t. III, nº 205 *bis*. I, note) qu'il considérait le légataire universel en concours avec des héritiers à réserve comme uniquement tenu des dettes, à raison de cette idée que l'universalité d'un patrimoine consiste dans l'actif diminué du passif, mais qu'il ne voyait pas dans le légataire un véritable continuateur de la personne, tenu, comme l'héritier, même au delà de son émolument. C'est la doctrine ancienne des pays de coutume, qui a été enseignée par presque tous les auteurs, depuis la promulgation du Code Napoléon, mais qui, énergiquement contestée par un arrêt assez récent de la Cour de cassation, a été depuis combattue par des jurisconsultes qui font autorité (1).

Il faut donc examiner avec soin l'ancienne et la nouvelle doctrine, et avant tout il faut bien apercevoir l'intérêt de la question. Si le légataire est tenu *ultra vires*, il ne pourra échapper au danger qu'en faisant au greffe une déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, tandis que s'il n'est tenu qu'à raison du patrimoine qu'il détient, la déclaration d'acceptation bénéficiaire est inutile, et pourvu qu'il justifie qu'il a payé les créanciers jusqu'à concurrence de l'actif, il sera soustrait aux poursuites. Le mode de justification sera la représentation d'un inventaire, de sorte qu'en pratique tout l'intérêt de la question, au point de vue du légataire, n'est pas la nécessité ou l'inutilité de l'inventaire, mais la nécessité ou l'inutilité de la déclaration au greffe.

Mais tel n'est peut-être pas l'intérêt capital de la discussion. En effet, le légataire n'est pas seul en présence des créanciers; il y a l'héritier ou les héritiers, et si on considère le légataire comme continuateur de la personne pour sa part, on réduit nécessairement l'obligation de l'héritier aux dettes; celui-ci n'est plus lui-même représentant et continuateur que pour sa portion, obligé aux dettes pour sa part seulement, comme s'il avait un cohéritier; tandis que dans la doctrine ancienne l'héritier était obligé au tout envers les

(1) V. M. Troplong, *Donat.* IV, n. 1836-1840; M. Nicias Gaillard, *Revue critique de jurispr.*, t. II, 6e livraison, juin 1852, et sur une question qui présente avec celle que nous discutons une grande affinité, M. Demolombe, *Successions*, t. 1er, n. 160; C. c., cass. 13 août 1851, Dev., 1851-1-657.

créanciers et n'avait qu'un recours contre les légataires universels.

152 *bis*. IV. On a longtemps soutenu que la question était tranchée par l'article 1002, que les rédacteurs du Code, en mettant en présence dans cet article l'idée romaine sur l'héritier institué et l'idée coutumière sur le légataire universel, avaient sacrifié l'idée romaine à l'idée coutumière, puisqu'ils n'avaient attaché à toute disposition, quelle que fût sa rédaction, que les effets d'un legs. On a même fait remarquer que dans ses observations sur l'article 1002, le tribunat disait : « Il ne restera plus rien des règles du droit romain sur l'héritier institué. » Mais il est impossible de prendre l'article 1002 pour base solide d'une argumentation en ce sens. Ce n'est pas, en effet, au legs tel que le comprenaient les coutumes qu'on a assimilé l'institution d'héritier, c'est au legs du Code Napoléon, au legs produisant les effets *qui sont ci-après établis*. C'est donc trancher la question par la question que de voir une décision dans l'article 1002. Toute l'intention du législateur a été de résoudre la question de mots, d'établir que la dénomination devient indifférente, et que les règles du droit ne dépendront pas des termes employés par le testateur. Mais quelles sont ces règles? sont-elles empruntées au droit coutumier ou au droit écrit? L'article ne le dit pas, et se contente de faire un renvoi à des articles ultérieurs, et si l'observation du tribunat peut faire croire qu'il ne reste plus dans la loi trace du droit écrit, le discours de M. Jaubert, orateur du tribunat, conduirait à une autre conclusion. L'article 1002 doit donc être mis hors de cause.

152 *bis*. V. C'est dans l'article 1009 lui-même qu'on prétend trouver l'argument décisif en faveur de la doctrine de la Cour de cassation. Le légataire est tenu *personnellement*, c'est, dit-on, l'expression employée par l'article 873 pour caractériser l'obligation de l'héritier, c'est le mot technique quand il s'agit d'un débiteur, non pas d'une personne tenue *propter rem*, mais engagée elle-même dans le lien de l'obligation; le propre de l'obligation personnelle est d'être indéfinie, de pouvoir être exécutée sur tous les biens présents et à venir du débiteur (art. 2092); l'emploi de cette expression est donc la condamnation de la doctrine qui considère le légataire universel comme tenu seulement *intra vires*.

C'est attacher à l'emploi du mot personnellement une bien grande importance, que d'y voir tout un système nouveau sur la position

du légataire universel, et de plus, c'est exagérer la portée de cette expression. En effet, Pothier lui-même, dont la doctrine n'est pas douteuse, disait que le légataire était obligé envers les créanciers, tenu d'une action personnelle (*Cout. d'Orléans,* Introd. au t. XVI, n° 120; *Successions*, chap. V, art. 4), et il entendait parler de l'action qu'on avait reconnue aux créanciers contre les légataires pour faciliter les poursuites, et éviter les recours auxquels eût donné naissance le système rigoureux, qui n'aurait donné action que contre l'héritier, et à celui-ci recours contre les légataires; on abrégeait, en s'adressant au légataire, sans pour cela détruire l'obligation de l'héritier. Tel était l'ancien système; l'article ne prouve pas qu'il ait été abandonné, car il fallait bien caractériser la double action donnée contre le légataire, l'une hypothécaire qui est réelle, l'autre personnelle. C'est pour faire antithèse au mot hypothécairement qu'on a écrit le mot personnellement. Mais dire que le légataire est tenu d'une action personnelle, ce n'est pas encore dire dans quelles limites il est tenu, et là est toute la question. Or, bien qu'en principe l'obligation personnelle soit indéfinie, ce caractère n'est pas de son essence: il n'est pas sans exemple qu'un débiteur tenu personnellement soit tenu *intra vires*, la femme commune est tenue des dettes de la communauté, elle est tenue personnellement, mais elle ne peut être poursuivie qu'*intra vires*. Si elle a fait un inventaire, elle se trouve placée par la loi précisément dans la position que nous attribuons au légataire universel. (V. art. 1482, 1484.) Bien plus, dans la matière même des legs, l'article 1017 emploie le mot personnellement à propos de l'obligation de l'héritier envers les légataires, et cependant on s'accorde assez généralement à considérer l'héritier comme tenu seulement *intra vires*.

152 *bis*. VI. Quand on a ainsi réfuté l'argument capital tiré du texte de l'article 1009, on a détruit un autre raisonnement dont le fondement est purement arbitraire s'il ne s'appuie pas sur l'article. On dit, en effet, dans l'opinion de la Cour de cassation, que la loi a abandonné la distinction des continuateurs de la personne et des successeurs aux biens, et que, d'après elle, quiconque succède *in universum jus defuncti* est *loco hæredis*, traité comme un véritable héritier, tenu des dettes *ultra vires*, sans distinguer s'il est appelé par la loi ou par la volonté de l'homme. Mais où trouver la preuve que le législateur, répudiant d'anciennes idées, a adopté un

pareil système, plus simple en effet, mais que rien n'annonce, si ce n'est pas l'article 1009? Si les anciens auteurs des pays de coutume ont refusé d'appliquer au légataire universel la règle : *Hi qui in universum jus defuncti succedunt, hæredis loco habentur,* peut-on, dans le silence de la loi, l'appliquer sous le Code Napoléon, à moins de trouver dans l'article 1002 la consécration de la prédominance du droit romain sur le droit coutumier, et nous avons établi, d'accord sur ce point avec les partisans de la doctrine que nous combattons, que l'article 1002 laisse la question entière.

152 *bis*. VII. Si les articles du titre des donations entre-vifs et testamentaires sont insuffisants, rencontre-t-on la preuve de la volonté du législateur dans le titre des successions? C'est plutôt là que se trouvent des armes en faveur de notre système. L'article 871 établit que le légataire universel contribue avec les héritiers, mais cette contribution est proportionnelle à l'émolument, c'est-à-dire doit être nulle si l'émolument est nul. L'expression de l'article est analogue à celle de l'article 1017, qui traite du payement des legs à l'égard desquels on est assez généralement d'accord qu'héritiers et légataires sont tenus *intra vires*. On peut, par conséquent, voir dans l'article 871 la reproduction des idées de Pothier (*Coutumes d'Orléans*, Introd. au tit. XVII, n° 113).

152 *bis*. VIII. Quand on se place sur le terrain des considérations, il est clair qu'il n'y a pas à craindre la confusion du patrimoine du défunt avec celui du légataire, parce que la première condition, pour le légataire comme pour la femme commune, serait d'avoir fait inventaire; et il n'y a pas non plus à se prévaloir de la malheureuse position qu'on ferait à l'héritier réservataire, nanti seulement d'une part de la succession et tenu *ultra vires* de toutes les dettes; car l'héritier n'est pas dans une plus mauvaise position quand il lutte avec un légataire universel, que s'il était en concours avec un légataire particulier dont le legs absorberait tout le disponible, et qui, ne supportant aucune fraction des dettes, laisserait le fardeau entier à la charge de l'héritier tenu pour le tout *ultra vires*, sauf à employer au payement tout l'actif héréditaire.

152 *bis*. IX. Il pourrait suffire d'avoir combattu les arguments principaux sur lesquels s'appuie le système qui veut faire du légataire universel un débiteur des dettes *ultra vires*. En effet, les rédacteurs du Code sont accusés ou félicités d'avoir fait subir un grand chan-

gement à la théorie ancienne; si ce changement ne ressort pas des dispositions de la loi, on peut regretter qu'il n'ait pas eu lieu, mais le devoir de l'interprète est de s'en tenir à des regrets. Cependant nous ne nous contentons pas de cette argumentation en quelque sorte négative; nous pouvons établir affirmativement notre doctrine.

L'article 1220 Code Napoléon doit servir de base à tout le système. Il déclare que les créances et les dettes se divisent entre les héritiers selon la part pour laquelle ils sont saisis ou tenus comme représentant le créancier ou le débiteur. Ainsi l'idée de saisine, l'idée de représentation, tout ne démontre-t-il pas qu'en parlant des héritiers la loi n'a pensé qu'à de véritables héritiers, et qu'elle n'a pas, contrairement aux traditions, entendu parler de tous ceux qui succèdent à titre universel? Cette assertion est prouvée par l'origine de l'article 1220. Cette disposition est l'abrégé du n° 297 des *Obligations* de Pothier, et certes, quand Pothier parlait des héritiers, il ne comprenait pas les légataires. L'article 873 est conçu dans le même sens, quand il impose le fardeau des dettes héréditaires aux héritiers chacun pour sa part, il ne comprend pas les légataires sous la dénomination d'héritiers, puisque le même article, à propos du recours, distingue les héritiers des légataires universels; distinction inutile, nuisible même à la pensée de la loi, si dans le Code Napoléon tous ceux qui succèdent *in universum jus defuncti* étaient des héritiers. Voilà le parti qu'on peut tirer des termes de l'article 873. Quant au fond de sa disposition, on le voit conserver un recours contre les légataires universels, et dès lors n'est-il pas présumable qu'il s'agit du recours dont parlait Pothier (*Successions,* ch. V, art. 3, § 2), et non pas simplement d'un recours fondé sur ce que l'héritier aurait été poursuivi hypothécairement pour le tout?

L'examen de ces textes, de ceux mêmes qui sont cités comme favorables à l'autre opinion, est donc à l'avantage de notre doctrine, car il est peu probable que les rédacteurs du Code Napoléon, qui ont sur ces matières si souvent cherché leurs inspirations dans Pothier, aient emprunté à Pothier lui-même ses expressions, ses phrases, pour établir une doctrine radicalement contraire à la sienne.

152 *bis*. X. Si maintenant, laissant de côté les textes, on cherche la raison d'être de la doctrine ancienne, on trouve facilement la jus-

tification de l'ancien droit et du Code Napoléon qui, selon nous, a reproduit les anciennes idées.

Au premier abord, rien de moins rationnel que la distinction entre le continuateur de la personne et le successeur aux biens; il est facile de dire : c'est là une notion surannée, qu'on doit aisément supposer répudiée par le législateur. Cependant, en y réfléchissant, on trouve que cette distinction découle nécessairement de la nature des choses, et même qu'elle satisfait à des nécessités pratiques.

Quand une succession est ouverte, le nombre et la qualité des héritiers peuvent être connus, les règles sur la dévolution des biens sont dans la loi, les relations de parenté ont un certain caractère de publicité; les tiers, les créanciers peuvent savoir contre qui diriger leurs actions, dans quelle proportion les intenter, quelles sont les personnes dont la solvabilité ou l'insolvabilité les intéresse désormais. Mais qui connaît les légataires universels? Leur titre est en général secret. Comment savoir quelle fraction de la succession leur appartient, partant quelle fraction reste aux héritiers? S'il s'agit d'un légataire à titre universel de tous les immeubles ou de tous les meubles, faudra-t-il attendre qu'une estimation de toute la succession ait été faite pour savoir quelle part revient à chacun? Faudra-t-il faire revivre les difficultés qui résultaient autrefois, quant à l'action des créanciers, du principe que les successions se divisaient, non d'après le nombre et la qualité des héritiers, mais d'après la nature et l'origine des biens?

Dira-t-on que jusqu'à la délivrance le légataire est inconnu et que l'héritier seul peut être poursuivi, mais qu'après la délivrance le légataire doit être assimilé aux héritiers? D'abord on introduit une distinction notable dans les articles 1220 et 873. Après avoir interprété, dans ces articles, le mot héritiers comme synonyme du mot successeurs universels, après avoir assimilé les légataires universels et les héritiers, on crée immédiatement une différence tranchée entre eux; puisqu'on admet que le légataire ne devient héritier qu'après la délivrance, il aura besoin de faire *adition d'hérédité,* tandis que l'héritier est héritier de plein droit, sauf à renoncer. Comment, d'ailleurs, concevoir en pratique l'action des créanciers intentée pour le tout avant la délivrance et nécessairement fractionnée après cette époque? Ne détruit-on pas par là une grande partie des avantages qu'on prétendait assurer à l'héritier?

Si, au contraire, on divise l'action avant même la délivrance, comment les créanciers connaîtront-ils la renonciation du légataire? Faudra-t-il une renonciation au greffe? Donnerons-nous aux créanciers le droit d'agir pour contraindre le légataire à prendre qualité? Accorderons-nous au légataire l'exception dilatoire pour faire inventaire et délibérer? Si nous l'accordons, ferons-nous courir le délai du our de l'ouverture de la succession, conformément à l'article 174 du Code de procédure, alors même que le testament aurait été découvert longtemps après le décès? Il suffit de lire le titre des successions au Code Napoléon et l'article 174 du Code de procédure, pour être convaincu que tout le système organisé par la loi ne concerne que les héritiers du sang, et, par suite, pour accuser le législateur de graves omissions, s'il a placé les légataires au rang des héritiers, sans statuer sur les difficultés pratiques si nombreuses que nous venons d'indiquer.

152 *bis*. XI. Au contraire, l'ancien système que nous croyons retrouver dans la loi est simple et bien coordonné.

Les créanciers ne connaissent que les héritiers, ils peuvent diriger leurs poursuites contre eux seuls; ceux-ci savent s'il existe des légataires et si ces légataires ont obtenu ou non la délivrance. Si la délivrance n'est pas faite, ils retiennent sur l'actif de la part délivrée la portion des dettes payées qui y est afférente, ils peuvent même demander des garanties pour les dettes non encore payées; si la délivrance a été faite, ils ont un recours contre les légataires. Voilà la règle; seulement pour abréger on permet aux créanciers d'agir, s'il leur plaît, *recta via*, contre les légataires, mais sans qu'ils puissent obtenir d'eux plus que n'obtiendrait l'héritier lui-même.

152 *bis*. XII. Nous n'avons encore parlé que des dettes de la succession, il reste à dire quelle est l'obligation du légataire universel en ce qui touche les legs.

S'il s'agit du légataire universel saisi, pas de difficultés : il doit acquitter tous les legs à titre universel ou particulier; il a tout le patrimoine, et il est naturel qu'il supporte toutes les charges du patrimoine.

S'il s'agit d'un légataire universel en concours avec un héritier à réserve (art. 1009), comme il n'a pas la totalité du patrimoine, la solution n'est pas aussi simple, et cependant elle doit être la

même : il est *tenu d'acquitter tous les legs,* c'est-à-dire de les payer intégralement. L'article oppose la règle sur les dettes, qui admet la division entre l'héritier et le légataire, et celle sur les legs exclusive de cette division, qui met l'intégralité des legs à la charge du légataire universel. Les dettes, en effet, doivent diminuer la réserve, puisqu'elles diminuent le patrimoine et que la réserve n'est qu'une fraction de ce patrimoine, mais les legs ne peuvent entamer la réserve, ils ne grèvent que le disponible, et le légataire universel a seul tout le disponible; il est donc conséquent qu'il supporte seul tous les legs.

152 *bis.* XIII. Le principe, cependant, est soumis à deux restrictions : d'abord le légataire universel, débiteur des legs, n'en est pas, plus que l'héritier, tenu *ultra vires.*

Ensuite il faut combiner la règle que nous venons de poser avec le principe de la réduction proportionnelle des legs, sans distinction entre les legs universels et les legs particuliers (art. 926). La conséquence de l'article 926, c'est que le légataire de l'universalité réduit à la moitié ou au tiers par la présence d'un ou deux enfants peut réduire proportionnellement les legs à titre universel et particuliers, et leur faire subir une diminution de la moitié ou des deux tiers. C'est ce qu'expriment les mots, *sauf le cas de réduction,* qui terminent l'article 1009.

152 *bis.* XIV. Cette réduction proportionnelle semble une nécessité pour les légataires à titre universel et particuliers, dans l'hypothèse de l'article, et dès lors on s'étonne de lire dans la loi une phrase qui présente comme exceptionnel un fait nécessaire; on voudrait lire : *sauf la réduction*, au lieu des mots *sauf le cas de réduction.* Cependant, bien que la réduction ait lieu dans la majorité des cas prévus, on doit dire qu'elle n'est pas nécessaire; en effet, nous avons dit que le légataire de tout le disponible était un légataire universel; ce légataire, en concours avec un enfant, n'aura que la moitié, et cependant il ne pourra pas dire qu'il a été réduit et prétendre réduire les autres légataires.

On sait, en outre, que le testateur peut ordonner une dérogation à l'article 926, déclarer par exemple que le légataire universel subira seul la réduction (art. 927), et, dans ce cas encore, ce légataire ne pourra se prévaloir de l'article 1009.

SECTION V.

Du legs à titre universel.

153. Le legs n'étant vraiment universel que lorsqu'il comprend, au moins à certains égards, l'universalité entière, la loi désigne sous le nom de *legs à titre universel* celui qui a bien trait aussi à l'universalité, mais qui ne la comprend qu'en partie. Au reste, pour qu'on puisse trouver dans une disposition qui ne comprend pas tout le caractère d'universalité, il faut qu'elle s'applique ou à une quote-part des biens de toute espèce, ou à une certaine espèce de biens en tout ou en partie; or notre Code ne reconnaît que deux espèces de biens, les meubles et les immeubles. V. art. 516.

Cela posé, un legs n'est à titre universel qu'autant qu'il a pour objet ou une quote-part des biens *dont la loi permet de disposer*, ou tous les immeubles, ou tout le mobilier, ou une certaine quotité des immeubles ou du mobilier. Il est clair au surplus qu'une disposition qui n'est ni universelle ni à titre universel ne peut être qu'à titre particulier. V. art. 1010.

153 *bis*. I. Il faut ajouter à l'énumération des divers legs à titre universel, contenue dans l'article 1010, le legs d'une quote-part de tous les biens. Si la loi n'a parlé que du legs d'une quote-part du disponible, c'est qu'elle a voulu rappeler les règles sur la réserve, et peut-être aussi constater que le legs de tout le disponible est universel. (V. n° 144 *bis*. III.) Mais si le testateur, au lieu de léguer la moitié de la quotité disponible, a légué le quart de sa succession, ce qui revient au même quand il laisse un enfant, il n'y a aucune raison pour ne pas traiter ce legs comme legs à titre universel, sinon on arriverait à l'absurde, car il faudrait que ce légataire ne supportât pas sa part des dettes, bien qu'on lui eût laissé une fraction du patrimoine, qui ne peut être évidemment représenté que par l'actif diminué du passif (1).

(1) V. Rapport du tribun Jaubert au tribunat.

153 *bis*. II. La distinction des legs d'universalité en legs universel et legs à titre universel est une innovation du Code Napoléon. Autrefois ces expressions étaient synonymes, comme le sont encore les mots legs particulier, legs à titre particulier (1). Cette distinction a quelque importance pratique : 1° les légataires à titre universel n'auraient jamais la saisine (art. 1006); 2° les règles sur l'acquisition des fruits ne sont peut-être pas identiquement les mêmes. Enfin, la défaillance d'un des légataires à titre universel ne profite pas à l'autre; mais ceci est moins un effet du caractère légal attaché à ce genre de disposition, qu'une conséquence nécessaire de la volonté du testateur, qui n'a pas dans ce cas appelé son légataire, même éventuellement, à la totalité.

154. Le légataire à titre universel n'est jamais saisi de plein droit; il est tenu de demander la délivrance à celui qui a la saisine; c'est-à-dire aux héritiers à réserve, s'il y en a, soit que le défunt ait institué ou non un légataire universel; autrement au légataire universel; ou s'il n'y en a pas, aux héritiers légitimes, quels qu'ils soient. V. art. 1011.

154 *bis*. I. L'ordre observé par la loi entre les personnes auxquelles le légataire doit demander la délivrance indique bien que cette délivrance doit être demandée à ceux qui ont la possession. De là nous devons conclure que, malgré la saisine de l'héritier réservataire, la délivrance ne peut pas toujours lui être demandée quand il n'a plus la possession, c'est-à-dire quand il a lui-même fait la délivrance à un légataire universel. Si on suppose, en effet, un héritier réservataire, un légataire universel et un légataire à titre universel, c'est le légataire universel qui est débiteur du legs à titre universel; quand celui-ci a obtenu la délivrance, l'héritier ne peut être poursuivi par le légataire à titre universel, car il n'est pas débiteur du legs et n'a plus la possession de l'objet légué. L'article suppose donc que la délivrance n'est pas encore faite au légataire universel, et, dans ce cas encore, il faut ajouter quelque chose à sa disposition; c'est l'héritier qui est saisi, c'est contre lui que doit être dirigée l'action en délivrance; mais il n'a pas intérêt à la contester, puisque c'est le légataire universel qui souffre de la

(1) V. Pothier, *Don. testam.*, ch. II, sect. Ire, § 2.

présence d'un légataire à titre universel; est-il raisonnable d'admettre qu'il délivrera à l'amiable, sans l'assentiment du principal intéressé? Il ne faut pas hésiter à dire que celui-ci doit être mis en cause, c'est l'intérêt même de l'héritier, qui s'exposerait sans cela à voir plus tard critiquer la délivrance qu'il aurait faite, quand même il l'aurait faite par suite de jugement, puisque la chose jugée contre lui ne pourrait être opposée au légataire universel.

154 *bis*. II. Dans la section consacrée au legs universel, la loi, après avoir traité de la demande en délivrance, réglait le droit du légataire aux fruits et revenus de la succession. Dans la section sur le legs à titre universel, le Code au contraire est muet sur ce point.

Si on considère l'article 1005 comme exceptionnel, on peut attacher une grande importance au silence de la loi, et signaler ainsi une différence entre les legs universel et à titre universel, en appliquant à ces derniers l'article 1014. On a dit, en effet, que l'article 1005 dérogeait aux règles sur l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, et qu'il ne fallait pas étendre une disposition exorbitante, inspirée uniquement par le désir de donner satisfaction à ceux qui réclamaient dans tous les cas la saisine pour le légataire universel.

Il est difficile, cependant, d'assimiler complétement l'héritier à un possesseur de bonne foi; souvent il connaît le testament, et peut-il raisonnablement supposer que le légataire renoncera à ses droits, avant que l'inaction de celui-ci, pendant un certain temps, ait pu lui donner des espérances sur ce point? Alors même que le testament est inconnu, ne doit-il pas, dans les premiers temps qui suivent le décès, s'attendre à voir apparaître une disposition testamentaire? Ces considérations ont dû agir sur le législateur et lui montrer qu'il n'était pas lié par la règle sur les possesseurs de bonne foi; cette règle écartée, il a trouvé sa solution, nous l'avons dit (n° 147 *bis*.), dans cette idée, que le patrimoine est un être de raison, susceptible d'augmentation et de diminution, et que les fruits de ce patrimoine ne sont pas des objets distincts du patrimoine lui-même.

En expliquant ainsi l'article 1005 non plus comme une faveur exorbitante, mais comme une conséquence des principes sur les legs d'universalité, on arrive à cette conclusion que le silence de la section sur la question des fruits annonce une analogie entre les

deux espèces de legs et non une dissemblance, que ce qui est vrai du tout est vrai de la fraction, et que si les fruits augmentent l'universalité, ils augmentent nécessairement la quote-part de l'universalité.

154 *bis*. III. Cette solution est applicable même au legs de tous les immeubles, bien qu'on ait soutenu le contraire en s'appuyant sur ce que les fruits ne pouvaient pas augmenter l'universalité des immeubles. Mais si la loi considère le legs de tous les immeubles comme à titre universel, c'est qu'elle considère arbitrairement les immeubles comme constituant une quote-part de l'hérédité, abstraction faite de leur nature : il faut donc traiter ce légataire comme les autres.

155. Le légataire à titre universel est tenu des dettes; il n'y a, à cet égard, aucune différence à établir entre ce légataire et le légataire universel en concours avec des héritiers. V. art. 1012.

155 *bis*. I. L'universalité est grevée de dettes, la fraction d'universalité doit être grevée d'une fraction des dettes, voilà pourquoi le légataire à titre universel est tenu envers les créanciers comme le légataire universel.

L'art. 1012 s'exprime à son égard comme l'art. 1009 à l'égard du légataire universel, en sorte que ce qui a été dit plus haut sur l'obligation du légataire universel est applicable à celle du légataire à titre universel. L'arrêt de la Cour de cassation cité au n° 152 a assimilé dans ses considérants le légataire à titre universel au légataire universel, et les considère tous deux comme tenus des dettes *ultra vires*. La question est en effet la même pour les deux espèces de légataires, de sorte qu'il suffit de renvoyer au n° 152 *bis*. III-XI, où nous avons soutenu que ces légataires n'étaient tenus qu'*intra vires*.

155 *bis*. II. La part du légataire dans les dettes n'est pas ordinairement difficile à déterminer : légataire d'une fraction, il est débiteur d'une fraction proportionnelle dans les dettes; il n'y aura difficulté pratique que quant aux légataires des immeubles ou du mobilier, ou d'une quote-part des immeubles ou du mobilier. La règle est toujours la même, les dettes se répartissent proportionnellement, sans tenir compte, comme en matière de communauté, de

la nature mobilière ou immobilière des dettes. Seulement il faudra faire une estimation de la succession pour arriver à traduire en une fraction numérique la part du légataire du mobilier ou des immeubles : dès que ce chiffre sera déterminé, ce légataire sera traité comme le légataire d'une quote-part.

156. Quant à l'obligation de payer les legs particuliers, il paraît juste aussi d'appliquer l'article 1009, lorsque le testateur a disposé de toute la quotité disponible. Il est certain, au moins, que dans ce cas les héritiers ne doivent aucunement contribuer au payement des legs. Mais dans le cas contraire, le légataire à titre universel n'est tenu de les acquitter que par contribution avec les héritiers naturels. V. art. 1013.

156 *bis*. Quand il s'agit de régler les rapports des légataires à titre universel avec les légataires particuliers, il faut distinguer trois hypothèses, bien que l'article semble en prévoir une seule.

1° Concours d'un légataire à titre universel avec des héritiers non réservataires. *Exemple :* un légataire d'un quart concourt avec un frère du défunt. Les legs particuliers doivent être supportés proportionnellement, trois quarts par le frère, un quart par le légataire à titre universel. L'art. 1013 peut être considéré comme régissant ce cas, puisque tout était disponible et que le testateur a disposé d'une portion seulement du disponible.

2° Concours du légataire avec un héritier à réserve, quand le défunt a donné tout le disponible au légataire à titre universel. *Exemple :* un légataire de moitié concourt avec un enfant unique. Ce n'est plus l'hypothèse de l'article, mais il est évident que le légataire, ayant tout le disponible, doit acquitter tous les legs. S'il y avait contribution avec l'héritier, la réserve de celui-ci serait atteinte ; le légataire est dans la position du légataire universel de l'art. 1009. L'art. 1013 fournit d'ailleurs un argument *a contrario*, puisqu'il n'établit la contribution avec l'héritier que quand le disponible n'est pas épuisé par le legs à titre universel.

L'obligation du légataire de payer tous les legs pourrait cependant être diminuée en vertu des principes sur la réduction (926) ; si le légataire à titre universel était réduit, il aurait le droit de réduire proportionnellement les légataires particuliers. *Exemple :* le défunt laisse un enfant, un légataire à titre universel des trois

quarts; il a donné 12,000 fr. à un légataire particulier. Le légataire à titre universel n'obtiendra que la moitié, il sera réduit d'un tiers; par conséquent il ne payera que 8,000 fr. au légataire particulier.

3° Concours du légataire à titre universel avec un héritier à réserve, quand le legs à titre universel n'épuise pas tout le disponible. *Exemple :* le défunt laisse un enfant, un légataire à titre universel d'un quart, et 12,000 fr. à un légataire particulier. C'est l'hypothèse de l'article. Dans ce cas, les legs particuliers doivent être payés par contribution entre le légataire et l'héritier. Il ne peut pas exister de difficulté sur le principe, mais il en existe sur son application, c'est-à-dire sur le calcul de cette contribution.

On peut être tenté de calculer cette contribution comme dans la première hypothèse, et faire supporter les legs particuliers pour trois quarts par l'enfant et un quart par le légataire, puisque c'est dans cette proportion que se divise entre eux la succession.

Mais en opérant ainsi on méconnaît ce principe, que le disponible seul peut être grevé des legs. Par conséquent, les héritiers ne doivent contribuer que d'après ce qu'ils prennent dans le disponible, en sorte que dans notre hypothèse, la quotité disponible étant partagée également entre l'enfant et le légataire à titre universel, le legs particulier devrait être acquitté par chacun d'eux. L'art. 1013 ne peut pas être invoqué contre cette solution, car il se contente de dire qu'il y aura contribution, sans indiquer les bases de la contribution.

Au reste, la volonté du défunt pourrait modifier cette répartition, pourvu que l'héritier conservât intacte sa réserve; aussi devrait-on s'appuyer sur cette volonté tacitement exprimée pour décider que le légataire de tous les immeubles devrait payer seul les legs d'immeubles, et le légataire du mobilier les legs de mobilier.

SECTION IV.

Des legs particuliers.

157. Tout legs qui n'est point universel ou à titre universel ne forme qu'une disposition à titre particulier (art. 1010

in fin.). Le legs particulier peut avoir pour objet soit un ou plusieurs corps certains et déterminés, soit des sommes ou quantités, soit des choses indéterminées, c'est-à-dire non individuellement désignées.

157 *bis.* I. La loi s'est contentée de donner une définition négative du legs particulier; ce legs, en effet, comprend une trop grande variété de dispositions pour qu'il soit facile de déterminer par un seul mot quel doit être son objet. Ainsi, outre les objets corporels qui peuvent être légués à titre particulier, on peut encore donner à ce titre une créance, une hérédité, une servitude, la libération d'une dette, etc....

157 *bis.* II. C'est dans cette classe de legs qu'il faut ranger le legs de l'usufruit de tous les biens ou d'une quote-part des biens. Il ne rentre, en effet, ni dans la définition de l'article 1003, ni dans celle du premier paragraphe de l'article 1010. Il est vrai que l'article 610 donne à ces dispositions la qualification de legs à titre universel d'usufruit. Mais, d'abord, on doit remarquer que l'addition de l'expression d'usufruit restreint singulièrement l'étendue de la dénomination de legs à titre universel, et montre que le législateur a voulu dire ce qu'il dit dans l'article 612 : l'usufruit universel ou à titre universel, expressions qui certainement ne préjugent pas la question de savoir dans quelle classe de legs il faut ranger le legs de ces usufruits, puisque l'adjectif universel sert de qualification au mot usufruit et non pas au mot legs.

On trouve encore ces expressions dans l'article 942 du Code de procédure, et la même observation doit être faite sur le correctif énergique que le mot en usufruit apporte au mot légataire universel; en outre, ce n'est pas dans une énumération du Code de procédure alors que la loi cherche avant tout la brièveté des expressions, qu'il faudrait prétendre trouver l'explication ou la traduction d'articles contenant des principes de droit.

Il est vrai que la disposition même de l'article 942 rapproche le légataire d'usufruit du légataire à titre universel, puisqu'elle lui reconnaît, à la différence des légataires de corps certain ou de quantité, le droit d'assister à l'inventaire; mais il suffit de réfléchir sur la nature de l'objet légué pour comprendre comment on a donné ce droit au légataire d'usufruit, sans rien statuer sur la nature de

son legs. En effet, même en lui reconnaissant le caractère de légataire particulier, ne fallait-il pas constater contradictoirement avec lui la consistance du patrimoine dont l'usufruit est légué? n'a-t-il pas un intérêt évident à éviter les détournements?

Enfin, si le légataire d'usufruit était légataire à titre universel, il contribuerait au payement des dettes; c'est-à-dire qu'il devrait supporter une part du capital des dettes proportionnelle à la valeur de son legs estimé en capital. Or, il n'en est rien. L'article 612 nous le montre souffrant seulement dans sa jouissance par suite de l'existence des dettes, supportant, en un mot, les intérêts du passif, sans que nous ayons besoin pour cela de voir en lui un légataire à titre universel, mais uniquement parce que, s'il avait la jouissance de l'actif, dettes non déduites, il aurait véritablement une jouissance plus grande que celle qui lui a été léguée. Un patrimoine de 100,000 francs grevé de 40,000 francs de dettes ne présente réellement à l'actif que 60,000 francs; si l'usufruitier jouissait des 100,000 francs sans aucune charge, il aurait plus que l'usufruit du patrimoine; en le contraignant à supporter l'intérêt de 40,000 francs, on le réduit à la seule jouissance léguée, à celle de l'actif net, c'est-à-dire de l'excédant de l'actif sur le passif.

157 *bis*. III. Refuser au légataire de l'usufruit du patrimoine le caractère de légataire universel, c'est lui refuser la saisine (art. 1006), mais il n'est pas aussi facile de voir quel intérêt il y a à le ranger parmi les légataires particuliers plutôt que parmi les légataires à titre universel. En effet, l'intérêt de la distinction consiste ordinairement dans la différente position du légataire particulier et du légataire à titre universel quant aux dettes, et la contribution du légataire d'usufruit aux dettes est régie par un article spécial (art. 610). Ce n'est qu'au point de vue des fruits qu'il peut y avoir intérêt à distinguer. Encore faut-il admettre l'opinion que nous avons exposée, et qui applique au légataire à titre universel l'article 1005. Ceux qui assimilent, quant aux fruits, les légataires à titre universel aux légataires particuliers, ne doivent pas trouver un intérêt capital à discuter la question qui nous occupe. Si ce n'est peut-être pour l'application de quelques dispositions d'un intérêt véritablement secondaire. (V. art. 909).

158. Quelle que soit la nature du legs, universel ou particu-

lier, il produit du jour même du décès du testateur, s'il est pur et simple, ou du jour de l'événement de la condition, s'il est conditionnel (V. art. 1040), un droit transmissible aux héritiers du légataire. On ne peut douter que le droit du légataire de corps certain ne consiste chez nous, dès ce moment, dans la propriété même de la chose léguée. Il s'ensuit qu'aucune aliénation ne pourrait être faite par l'héritier à son préjudice. Et néanmoins, comme la possession des choses léguées appartient toujours à celui qui a la saisine, c'est de lui que le légataire doit tenir cette possession. Bien plus, les choses léguées n'étant distraites de la masse héréditaire que par la délivrance, les fruits doivent jusque-là accroître à cette masse. Ce n'est donc que du jour de la délivrance, obtenue ou demandée, qu'ils appartiennent au légataire. V. art. 1014.

158 *bis*. I. Si l'article 1014 ne dit pas nettement que le droit du légataire est un droit de propriété, c'est qu'il y a sur ce point des distinctions à faire d'après la nature de l'objet légué : quand le testateur a légué une quantité, une créance, la libération d'une dette, on ne peut pas dire que le légataire soit devenu propriétaire; mais quand il s'agit d'un corps certain, il n'y a pas de doute. Car tel était l'effet du legs dans le droit romain de Justinien et dans le droit français ancien, et, de plus, les legs sont énumérés dans le Code Napoléon parmi les modes d'acquérir la propriété (art. 711).

158 *bis*. II. La deuxième partie de l'article 1014 contient deux dispositions : l'une sur la possession, l'autre sur les fruits. Quant à la possession, le légataire particulier ne l'a pas; il doit la demander à ceux qui l'ont, c'est-à-dire aux héritiers ou aux légataires universels saisis, ou même aux légataires universels ou à titre universel non saisis, après qu'ils ont obtenu la délivrance. Il y a plus; alors même que l'objet légué serait possédé par un tiers, le légataire particulier, bien que devenu propriétaire, ne pourrait agir contre ce tiers qu'après avoir obtenu du débiteur du legs ou contre lui la délivrance de son legs; le débiteur du legs, en effet, a seul intérêt à discuter la qualité du légataire, et le détenteur de l'objet n'est pas un contradicteur sérieux, puisque, s'il n'est pas lui-même propriétaire, peu lui importe à qui il est contraint de

faire la restitution de la chose (1). Ce tiers possesseur aurait donc le droit de repousser l'action en revendication tant que la délivrance n'aurait pas été obtenue; mais s'il n'a pas usé de cette exception, il est impossible de le rendre responsable envers les héritiers; rien ne l'obligeait envers eux à conserver la possession de la chose, s'il a cessé de posséder sans dol, il n'est plus tenu de l'action réelle; le droit des héritiers est donc garanti par l'intérêt du tiers et non par une obligation pesant sur ce tiers. En outre, on peut dire que le légataire, s'il s'est fait mettre ainsi irrégulièrement en possession, n'aura pas droit aux fruits et qu'il en devra compte aux héritiers, puisque, d'après la fin de l'article, les fruits ne lui appartiennent que du jour de la demande en délivrance.

158 *bis*. III. L'article contient, en effet, une deuxième disposition qui est relative aux fruits. Ils n'appartiennent au légataire que du jour de la demande en délivrance ou de la délivrance amiable. Les fruits sont l'apanage de la possession, et tant que le légataire n'a pas la possession, il n'a pas droit aux fruits. S'il a été décidé autrement quant aux légataires universels, c'est que les fruits ont été considérés comme étant eux-mêmes l'objet du legs, puisqu'ils augmentent la masse héréditaire qui a été léguée.

158 *bis*. IV. Au reste, la loi ne fait pas de distinction, la demande en délivrance est toujours nécessaire pour donner droit aux fruits. Ainsi, le légataire qui détiendrait déjà la chose léguée, par exemple comme locataire, emprunteur ou dépositaire, devrait néanmoins demander la délivrance, non pas pour obtenir la possession matérielle, mais pour changer le caractère de sa possession et acquérir un droit aux fruits. En effet, s'il en était autrement, l'héritier pourrait ignorer le changement survenu dans le titre de possession du détenteur, et compter sur des fruits qu'il se verrait refuser plus tard (2).

158 *bis*. V. Dans un cas, cependant, le légataire aurait la jouissance de son legs sans avoir demandé la délivrance, c'est quand il s'agirait d'un legs de libération. Les intérêts cesseraient d'être dus depuis le jour de la mort. Le legs produit son effet à partir du

(1) C. c., rej. 4 avril 1837, Dev. 1837-1-845.

(2) Toulouse, 29 juillet 1829, et Riom, 1er décembre 1818.—En sens contraire, Limoges, 21 février 1839, Dev. 39-2-334.

décès (art. 1014). Cet effet, dans l'hypothèse, c'est la libération; or il est impossible qu'une dette éteinte produise des intérêts.

159. La règle qui suspend jusqu'à la délivrance demandée ou consentie la jouissance du légataire reçoit exception au cas d'une volonté contraire du testateur, soit qu'il l'ait exprimée, soit que la nature du legs la fasse présumer. La loi établit cette présomption, lorsqu'une rente viagère ou une pension est léguée à titre d'aliments. On peut dire, en effet, dans ce cas, que la prestation quotidienne est plutôt elle-même l'objet légué, qu'elle n'en est le fruit ou revenu. V. art. 1015.

159 *bis*. I. La volonté de considérer les fruits comme étant l'objet même du legs, peut se manifester expressément; mais elle peut être évidente sans que le testateur l'ait exprimée en termes formels; par exemple, s'il a accordé au légataire la dispense de demander la délivrance, dispense inutile quant à la prise de possession, mais qui devrait au moins avoir un effet quant aux fruits.

Quant à la présomption de volonté établie sur ce point par l'article, elle découle du caractère alimentaire de la rente; par conséquent si une rente viagère n'avait pas ce caractère, ce que les tribunaux devront apprécier en fait, la présomption de la loi ne pourrait pas la comprendre.

159 *bis*. II. Cette décision sur la rente viagère qui n'est pas léguée à titre d'aliments doit être étendue au legs d'un usufruit. En effet, l'article 1014 contient une règle générale qui ne peut être considérée comme subissant une exception en vertu de l'article 604. Ce dernier article doit être entendu non pas d'une manière générale, mais relativement à la question qu'il traite. Son but n'est pas de décider à quelle époque l'usufruitier a droit aux fruits, mais uniquement de déclarer que le retard de donner caution ne peut nuire à l'usufruitier; sa seconde proposition n'est que le développement de la première, et on ne peut y voir une dérogation aux règles spéciales sur la matière des legs et sur le moment où s'ouvre le droit à la jouissance d'un legs (1).

160. La demande en délivrance donne lieu à des frais néces-

(1) C. R., Bordeaux, 23 avril 1844, Dev. 1844-2-493.

saires, que la loi met en général à la charge de la succession. C'est au contraire au légataire à acquitter le droit d'enregistrement dû pour la mutation qui s'opère à son profit, le tout sauf disposition contraire, et sans que dans aucun cas la réserve légale puisse être entamée. V. art. 1016; et remarquez la faveur accordée à chaque légataire, de pouvoir faire enregistrer séparément la partie du testament qui le concerne, sans être obligé d'avancer les frais d'enregistrement du testament entier. Il est bien clair, au reste, que l'enregistrement ne profite qu'au légataire qui l'a requis ou à ses ayant cause.

161. Trois différentes actions peuvent compéter au légataire, pour le payement de son legs : 1° l'action personnelle contre les héritiers ou toute autre personne chargée par la loi ou par le testateur de l'acquitter; cette action résulte d'un quasi-contrat qui se forme par l'acceptation, soit de la succession, soit de la disposition faite à la charge de payer le legs; 2° l'action en revendication qui naît de la propriété acquise de plein droit au légataire d'un corps certain; 3° enfin l'action hypothécaire sur tous les biens de la succession qui sont susceptibles d'hypothèque. La loi ne s'occupe ici que de l'action personnelle et de l'action hypothécaire.

162. S'il y a plusieurs débiteurs du legs, il est naturel que chacun ne soit tenu personnellement qu'au prorata de son émolument; mais par une application peu réfléchie, peut-être, de l'indivisibilité de l'hypothèque, le Code veut que chaque détenteur d'un immeuble de la succession soit tenu hypothécairement pour le tout. V. art. 1017.

162 *bis*. I. L'action personnelle donnée au légataire contre les débiteurs du legs est dirigée pour le tout contre l'héritier quand il est seul; mais elle se fractionne entre les héritiers quand ils sont plusieurs, elle doit même se diviser entre l'héritier et les autres débiteurs du legs, c'est-à-dire les légataires à titre universel; car nous ne trouvons pas ici les raisons qui, relativement aux dettes, nous ont conduits à décider que l'action pouvait être dirigée pour le tout contre l'héritier, sauf son recours contre les légataires à

titre universel. Les art. 1220 et 873, qui nous ont paru déterminants, n'ont pas trait à cette hypothèse. L'héritier, en outre, ne peut être tenu à un autre titre que le légataire à titre universel. Car ce n'est pas comme continuateur de la personne qu'il peut être lié envers le légataire, dont le droit n'a jamais existé du vivant du testateur; la seule règle sur ce point se trouve donc dans l'art. 1017, qui, rapprochant l'héritier et les autres débiteurs des legs et ne faisant entre eux aucune différence, montre bien qu'il ne faut pas faire les distinctions qui sont nécessaires quant aux dettes.

162 *bis*. II. L'obligation de l'héritier quant aux legs diffère encore sur un autre point de son obligation envers les créanciers. Il n'est pas tenu *ultra vires* envers les légataires. Les legs ne pèsent sur lui que comme charge des biens et non comme obligation du défunt, ils ne doivent pas dès lors excéder le chiffre des biens. C'est l'ancienne doctrine (V. Bourjon, *Droit comm. de la France, des Testaments*, IVe part., ch. 11. sect. 2) que M. Demante a exposée, tom. III, n° 24 *bis*. V, 103 *bis*. III et 124 *bis*. II. Cette solution doit être appliquée *à fortiori* aux autres débiteurs de legs, puisque nous avons décidé qu'ils n'étaient même pas tenus des dettes *ultra vires*.

162 *bis*. III. L'action personnelle est garantie par une hypothèque sur les immeubles de la succession. C'est au moins ce qui résulte des expressions employées par l'article 1017, *hypothécairement pour le tout*. On ne peut pas, en effet, interpréter autrement cette portion de l'article : ou elle n'a aucun sens, ou elle signifie que les immeubles de la succession sont hypothéqués pour assurer le payement des legs. Car il est impossible de donner à ces mots le sens qu'on leur attribue dans l'article 873, quand on les considère comme ayant trait à une hypothèque que le défunt aurait donnée de son vivant à son créancier. Il ne peut pas être intervenu une convention entre le défunt et son légataire, et si la loi suppose l'existence d'une action hypothécaire, c'est qu'elle entend donner une hypothèque aux légataires, à l'exemple du droit romain de Justinien et de l'ancien droit français. On a soutenu, cependant, que cette hypothèque légale n'existe pas. On a fait remarquer que l'article 2121 n'énumère pas l'hypothèque des légataires parmi les hypothèques légales, et on a présenté les expressions de l'article 1017 comme une allusion anticipée à une hypothèque qu'on pensait devoir admettre plus tard, allusion insuffisante dans le

silence du titre des hypothèques pour qu'on puisse y trouver la création d'une hypothèque légale. On explique enfin le silence du titre des hypothèques en montrant que l'article 2111 consacre, en faveur des légataires, un droit qui ferait double emploi avec l'hypothèque, le droit de demander la séparation des patrimoines.

Le vice capital de ce système, c'est de considérer comme non écrite une portion de l'article 1017, de s'appuyer sur le silence de la loi dans l'article 2121, pour ne pas tenir compte de sa disposition quand elle a parlé. Il méconnaît en outre les souvenirs du droit ancien, qui consacrait cette hypothèque, et il présente enfin, comme faisant double emploi, deux droits entre lesquels on peut signaler des différences importantes. (V. ci-dessous, 162 *bis*. V.)

162 *bis*. IV. Les légataires ont donc encore aujourd'hui l'hypothèque légale que leur avait donnée Justinien, seulement cette hypothèque est plus avantageuse qu'elle ne l'était en droit romain; chaque héritier est tenu hypothécairement pour le tout, c'est-à-dire que, malgré la division de l'action personnelle entre les différents débiteurs du legs, chacun de ces débiteurs peut être contraint d'abandonner les immeubles de la succession compris dans son lot, si mieux il n'aime payer la totalité du legs.

162 *bis*. V. Nous avons annoncé des différences entre le droit qui appartient au légataire en vertu de l'article 1017 et celui qui dérive pour lui de l'article 2111. Pour être fixés sur ces points, il faudrait avoir traité d'une manière complète de la séparation des patrimoines. C'est donc sur l'article 2111 que cette comparaison devra être faite; cependant on peut remarquer immédiatement :

1° Que l'hypothèque de l'article 1017 frappe seulement les immeubles, tandis que le légataire, en vertu de l'article 2111, aura un droit de préférence, même sur les meubles;

2° Que l'hypothèque du légataire prendrait rang seulement à la date de son inscription, tandis que la séparation des patrimoines assure au légataire un droit de préférence sur les immeubles, à la date du décès, pourvu qu'il ait pris inscription dans les six mois du décès;

3° Que le droit de demander la séparation des patrimoines est perdu quand le légataire accepte l'héritier pour débiteur (art. 879), tandis que l'hypothèque ne serait pas éteinte en pareil cas;

4° Que la séparation des patrimoines ne confère pas un droit de

suite, d'après un grand nombre d'auteurs (1), tandis que l'hypothèque comprend nécessairement ce droit. (V. cependant t. III, nº 222 *bis*. I.)

5º Que le légataire n'a peut-être pas, en vertu de la séparation des patrimoines, le droit d'agir pour le tout sur les immeubles composant le lot de chaque héritier (2), tandis qu'en vertu de l'article 1017 le légataire agit hypothécairement pour le tout. (Voyez t. III. nº 222 *bis*. II.)

163. Si le legs est d'un corps certain, l'obligation des héritiers ou autres débiteurs consiste uniquement à en mettre le légataire en libre possession, *inducere in vacuam possessionem.* Cette possession comprendra celle des accessoires nécessaires, c'est-à-dire des choses sans lesquelles l'objet légué ne pourrait servir à son usage ordinaire. Du reste, l'objet est délivré dans l'état où il se trouvait au jour du décès, en ce sens que le légataire doit profiter ou souffrir des changements survenus à la chose, pendant la vie du testateur, de quelque cause qu'ils proviennent. V. art. 1018. Quant aux changements postérieurs, il faut évidemment appliquer ici la règle générale de l'article 1245. V. aussi art. 1042 et 1302.

163 *bis*. I. L'obligation de l'héritier ne peut pas être assimilée à celle d'un vendeur, il ne doit pas la garantie si le légataire est plus tard évincé de l'objet légué; il ne peut être tenu de transférer au légataire des droits plus étendus que ceux qui appartenaient au défunt sur la chose léguée. Il en serait autrement s'il s'agissait d'un legs de genre : le légataire évincé de l'objet que lui a livré l'héritier pourrait demander de nouveau l'exécution du legs, parce que le débiteur est responsable de la validité du payement, et que le payement n'est pas valable si celui qui l'opère n'est pas propriétaire de la chose payée (art. 1238).

163 *bis*. II. La détermination des accessoires qui font partie du legs dépend entièrement de la volonté du testateur, c'est là une question d'interprétation du testament, et on doit se contenter de

(1) V. Zachariæ, Aubry et Rau, édit. 1844, t. 4, p. 343; v. cepend. *Cours analyt.*, t. 3, n. 222 *bis*. I.

(2) V. Zachariæ, Aubry et Rau, édit. 1844, t. 4, p. 345.

donner sur ce point quelques exemples. Voici ceux que citait Pothier, à qui les rédacteurs du Code ont emprunté l'expression *accessoires nécessaires :* 1° Le testateur a légué l'usufruit d'un fonds auquel on ne peut aborder que par un autre héritage dépendant de la succession, l'héritier doit délivrer un passage avec l'usufruit légué; 2° le testateur a légué une armoire, il a légué aussi la clef (1).

164. Le légataire doit bien, en général, profiter des améliorations provenant du fait du défunt; mais on ne considère pas comme améliorations toutes les augmentations faites par le testateur à la chose léguée; il faut, pour que ces augmentations profitent au légataire, qu'elles soient unies à la chose par union réelle, et non par simple union de destination.

Ainsi s'explique la distinction faite par la loi, entre le cas d'acquisition simplement contiguë, et le cas d'embellissements, constructions nouvelles, ou augmentation d'enclos. V. art. 1019.

164 *bis.* 1. L'étendue du legs dépend avant tout de la volonté du testateur; par conséquent, dire quelles augmentations ou améliorations doivent profiter au légataire, c'est interpréter cette volonté. Le Code établit sur ce point des présomptions qui ne devraient certes pas triompher d'une intention manifeste. L'interprétation de la loi est un peu restrictive, parce que les legs sont des dispositions créatrices d'obligations, et que les obligations ne se présument pas. C'est pour cela que notre loi a refusé de suivre la doctrine de Pothier, qui considérait comme ajoutées à la chose léguée des choses qui n'y étaient adjointes que par la volonté du propriétaire, pour la facilité de son usage personnel, sans aucune union matérielle, par exemple, des morceaux de terre ajoutés à la métairie léguée. Dans ce cas, la volonté de léguer peut être douteuse. Elle ne l'est pas, au contraire, quand il s'agit de constructions dont l'union avec la chose léguée ne dépend plus arbitrairement de la destination essentiellement variable que leur donne le propriétaire, mais d'une nécessité physique et matérielle. Le doute n'est pas plus possible quand la nouvelle acquisition a été incorporée à la

(1) V. Pothier, *Donations testam.*, ch. V, sect. III, art. 1er, § 8.

chose léguée par le déplacement des clôtures, embrassant l'ancien immeuble et ses annexes.

L'article 1019 ne parle que des acquisitions d'immeubles. Les juges auraient donc une plus grande latitude quant à l'interprétation des legs de meubles; en sorte que bien souvent, quand il s'agira du legs d'une chose composée d'une collection d'autres choses, comme une bibliothèque, une galerie de tableaux, un troupeau, les acquisitions postérieures au testament profiteront au légataire; d'abord il serait souvent difficile de distinguer les dates des acquisitions; puis, en pareil cas, l'intention du testateur paraît être de léguer l'être collectif tel qu'il est au moment de la mort, c'est-à-dire d'augmenter le legs chaque fois qu'il augmente la collection. (V. *D. fr.* 21, *De legatis*, 1°.)

165. De l'obligation de mettre le légataire en libre possession, on induisait, en droit romain, celle d'affranchir la chose léguée de l'hypothèque ou de l'usufruit, dont elle pouvait être grevée. Toutefois, à cet égard, plusieurs distinctions étaient nécessaires (V. *Papin.* L. 66, § 6; L. 76, § 2; *Marcell.*, L. 26, ff. *De legat.*, 2°; *Just.*, Inst., §§ 5 et 12 *De legat.*). Sans admettre aucune de ces distinctions; sans distinguer, notamment, si l'existence de la charge qui grève le bien au jour du décès est antérieure ou postérieure à la confection du testament, si l'hypothèque a pour cause une dette héréditaire ou la dette d'un tiers, notre législateur applique ici le principe général qui oblige à délivrer la chose dans l'état où elle se trouve. Il permet cependant au testateur d'imposer au débiteur du legs la charge de dégrever; mais sans une disposition expresse, il ne lui suppose pas cette intention. V. art. 1020, et n'en concluez pas que la dette à laquelle est affecté le bien légué, reste à la charge du légataire (v. art. 871, 874, 2178).

165 *bis*. I. On peut voir dans Pothier, ch. V, sect. III, § 4, les distinctions que faisait l'ancien droit, à l'imitation du droit romain, lorsque la chose léguée était hypothéquée ou grevée d'usufruit. Quant à l'hypothèque, lorsqu'elle était antérieure au testament, il fallait voir si elle garantissait la dette du testateur ou celle d'un tiers;

dans le premier cas l'immeuble devait toujours être dégrevé, dans le second il fallait que le testateur connût l'existence de cette charge pour que l'héritier fût tenu de dégrever l'immeuble. S'il s'agissait d'un droit d'usufruit, l'héritier devait le racheter et l'éteindre, s'il existait antérieurement au legs (Pothier critiquait cette décision, et refusait de l'admettre en droit français). Mais si le droit avait été constitué postérieurement au testament, il fallait appliquer les règles sur la révocation des legs par l'aliénation de la chose léguée, c'est-à-dire distinguer dans quelle intention la constitution du droit avait été faite, si elle avait eu ou non pour but une révocation partielle de la libéralité.

165 *bis*. II. L'article 1020 rompt complétement avec la théorie du droit romain; il évite toutes les difficultés d'appréciation qui provenaient nécessairement du système que nous venons d'exposer, et il rattache la décision sur ce point au principe que la chose doit être délivrée dans l'état où elle était au jour du décès. Il considère par conséquent le testateur comme ayant fait un legs moins considérable si la charge existait au moment de la confection du testament, et comme l'ayant révoqué en partie s'il a créé la charge depuis que le testament a été fait.

Dans les deux cas, le débiteur du legs n'est pas tenu de dégrever l'objet légué, c'est-à-dire que si la chose est grevée d'un droit d'usufruit, le légataire doit subir l'usufruit, qu'il n'est légataire que de la nue propriété. Si la charge est une hypothèque, elle continue de grever l'immeuble; mais le légataire ne devient pas pour cela débiteur de la dette hypothécaire, cela serait contraire à l'article 871. Il est tenu hypothécairement comme tout tiers détenteur, contraint à délaisser, si mieux il n'aime payer, sauf son recours contre les héritiers ou successeurs universels du défunt, si l'immeuble était hypothéqué pour une dette de la succession, ou contre les véritables débiteurs, si la dette était dette d'un tiers, c'est-à-dire si le défunt était lui-même tiers détenteur de l'immeuble (art. 874, 2178) (1).

165 *bis*. III. Le testateur peut cependant imposer à son héritier l'obligation de dégrever l'objet légué. L'héritier doit alors payer la dette hypothécaire ou racheter le droit d'usufruit, si l'usufruitier consent à le vendre; mais si le créancier a le droit de refuser le

(1) V. C. Bordeaux, 31 janvier 1850, Dev. 1851-2-23.

payement ou si l'usufruitier ne veut pas abandonner son droit, l'exécution du legs devient plus difficile. Dans le premier cas, sur le refus du créancier, il faudrait que l'héritier, se substituant aux droits du légataire, fît une procédure de purge, si on admet qu'un légataire peut purger, ce qui sera examiné plus tard sur l'article 2183; et si on pense qu'un légataire n'a pas le droit de purger, il faudrait que l'héritier déposât à la caisse des consignations une somme suffisante pour assurer la tranquillité du légataire contre toute action hypothécaire que les créanciers pourraient plus tard intenter. Dans le cas où la charge est un usufruit auquel l'usufruitier ne veut pas renoncer, l'héritier sera astreint, suivant la décision de la justice, ou à donner l'estimation de l'usufruit, ou à payer au légataire, pendant la durée de l'usufruit, une rente égale au revenu de la chose.

166. La loi rejette également la distinction du droit romain relativement au legs de la chose d'autrui (v. *Just.*, Inst., § 4, *De legat.*). La question de savoir si le testateur avait connu ou non que la chose ne lui appartenait pas donnait lieu à beaucoup de difficultés, que le législateur a tranchées en annulant ce legs dans tous les cas. V. art. 1021, voy. cependant art. 1423.

166 *bis*. I. Les Romains validaient le legs de la chose d'autrui quand le testateur savait que la chose léguée ne lui appartenait pas (§ 4, *De leg.*, *Institut.*). L'ancien droit français avait consacré cette doctrine (V. Pothier, *Don. testam.*, ch. IV, art. 1er, § 2; Bourjon, *Droit comm. des test.*, IVe partie, ch. VII, n° 7); non pas, bien entendu, qu'on ait jamais pensé qu'un testateur pût transférer la propriété d'une chose qui ne lui appartenait pas, mais on attribuait à la disposition l'effet de contraindre l'héritier à acheter la chose pour la donner au légataire, sinon à lui en donner l'estimation. Dans ces termes, un pareil legs n'a rien d'anormal, et l'héritier est suffisamment protégé par la nécessité imposée au légataire de prouver que le testateur savait léguer la chose d'autrui, ne se faisait pas d'illusion sur le chiffre de sa fortune, et ne croyait pas imposer à son héritier une charge moins lourde que celle dont il le grevait en réalité.

Le Code a rejeté cette doctrine; les expressions de l'article 1021

font allusion à la distinction romaine pour la réprouver : sa règle paraît simple, le legs de la chose d'autrui est nul, et cependant des explications sont nécessaires pour en déterminer la portée.

166 *bis*. II. D'abord elle ne s'applique pas aux legs de quantité : quand le testateur a légué cent hectolitres de blé, un cheval *in genere*, 10,000 francs, l'objet du legs n'est pas plutôt tel être faisant partie du genre que tel autre, de sorte qu'il est impossible de dire à qui appartient l'objet légué. L'article 1021 ne s'applique donc pas à cette hypothèse, et s'il devait être appliqué, il conduirait à un résultat bien regrettable au point de vue pratique, car il rendrait impossibles, en fait, les legs un peu considérables en argent, puisqu'il sera bien rare que le testateur, quelque riche qu'il soit, possède dans sa caisse des valeurs importantes en numéraire.

166 *bis*. III. On cherche aussi à soustraire à l'application de l'article le legs d'une chose appartenant à l'héritier ou au débiteur du legs, légataire universel ou à titre universel. Le droit romain, dit-on, et l'ancien droit français distinguaient ce legs du legs de la chose d'autrui, et le validaient sans s'inquiéter de la science ou de l'ignorance du testateur sur le vrai propriétaire de la chose (V. D. fr. 67, § 8, *De leg.*, 2°; Pothier, *loco citato*). Mais il ne faut pas oublier que les rédacteurs du Code ont rompu sur ce point avec les traditions du droit romain, qu'ils ont voulu donner une décision nouvelle, et que les expressions qu'ils ont employées doivent être par conséquent entendues dans leur sens naturel, plutôt que dans le sens relatif qu'elles pouvaient avoir autrefois; or, toute chose qui n'est pas au testateur est chose d'autrui, et tombe sous l'application de l'article, application bien raisonnable sans doute, car la distinction romaine relative au legs de la chose de l'héritier ne peut guère se justifier; la charge est tout aussi lourde pour l'héritier quand il s'agit de donner sa propre chose que s'il s'agit de donner celle d'un tiers. Dans les deux cas le testateur peut s'être cru plus riche qu'il n'était réellement, dans les deux cas on peut dire qu'il n'aurait peut-être pas fait la disposition s'il avait connu le véritable état de sa fortune (1).

166 *bis*. IV. La prohibition des legs de corps certains ayant pour objet la chose d'autrui a été inspirée par le désir d'éviter les procès

(1) C. R., Paris, 7 juin 1820; C. c., rej., 19 mars 1822, Dev. 1822-1-41.

auxquels la théorie romaine donnait naissance, sur le point de savoir si le testateur avait disposé sciemment de la chose d'autrui. C'est l'intention formelle du législateur manifestée dans la discussion de l'article. Ce fait constaté, on a cherché à interpréter l'article d'après cette intention, et en atténuant les effets qu'il semble devoir produire à sa première lecture. On a considéré comme en dehors de la prohibition toute disposition qui porterait en elle-même la preuve de ce fait, que le testateur savait léguer la chose d'autrui. *Exemple :* Je lègue la maison de Titius. Le but de l'article 1021 est en pareil cas atteint, et ce n'est pas la peine, dit-on, de lui attribuer une force inutile dans les cas pour lesquels il n'est pas fait. On trouve même, en ce sens, un argument d'analogie dans l'article 1020, qui permet au testateur nu propriétaire d'obliger son héritier à dégrever l'immeuble du droit d'usufruit appartenant à un tiers, c'est-à-dire de léguer l'usufruit appartenant à autrui.

Cette manière d'interpréter l'article est contraire au texte formel de la loi. Quand le testateur a écrit : Je lègue la maison de Titius, il a directement fait ce que la loi prohibe. Dire que dans ce cas ne se présente pas le danger que la loi voulait éviter, et que partant le legs est valable, ce n'est plus appliquer la loi, c'est substituer un article à l'article officiel. Or il n'est pas permis de faire mieux que le législateur, même en s'appuyant sur ses motifs. Certes le but de la loi eût été atteint par un article qui aurait exigé seulement, pour la validité du legs de la chose d'autrui, que le testament portât la preuve de ce fait que le testateur savait n'être pas propriétaire de la chose léguée. Mais les rédacteurs du Code ne se sont pas exprimés ainsi ; s'ils ont dépassé le but, ce n'est pas une raison pour corriger un texte formel. L'argument qu'on trouve dans l'article 1020 ne suffit pas pour autoriser cette interprétation, car l'usufruit n'est pas toujours considéré comme une chose distincte de la nue propriété. C'est une servitude qui grève le fonds ; le testateur a légué le fonds dont il est propriétaire, avec obligation de le dégrever de la servitude qui en diminue la valeur, mais le Code n'a pas considéré ce legs comme double, legs de la chose du testateur quant à la nue propriété, legs de la chose d'autrui quant à l'usufruit.

166 *bis*. V. Le seul tempérament que puisse recevoir l'article 1021 doit être emprunté à un autre ordre d'idées. Le testateur

peut imposer à son héritier un fait ; il peut l'obliger, par exemple, à construire une maison pour le légataire, pourquoi ne pourrait-il pas le contraindre à acheter la maison de Titius, à la donner au légataire, ou à lui en payer la valeur? C'est bien là le sens qu'on donnait autrefois au legs de chose d'autrui, et une interprétation un peu rigoureuse de l'article 1021 conduirait à annuler ce legs sous quelque forme qu'il se présente. Cependant on peut reconnaître que le texte n'est plus aussi impératif, car le legs ne porte pas directement sur la chose ; le testateur ne semble pas avoir voulu exercer une action sur la chose d'autrui, il impose à son héritier une charge analogue à celles qu'il peut sans aucun doute lui imposer. Ces considérations militent puissamment en faveur d'une opinion favorable sans doute au point de vue de la pratique, puisqu'elle tend à donner effet à une volonté, d'ailleurs fort raisonnable, d'un testateur (1).

166 *bis*. VI. Nous avons jusqu'ici supposé que le testateur léguait une chose sur laquelle il n'avait aucun droit : l'application du principe contenu dans l'article 1021 présente quelques difficultés quand le testateur a légué une chose qui n'est pas entièrement sienne ni entièrement chose d'autrui, en un mot, quand il a légué une chose dont il est propriétaire par indivis avec des tiers. Il faut alors appliquer la règle de l'article 1021, en la combinant avec les principes sur la propriété indivise. Sur ce point, plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

166 *bis*. VII. 1° Le partage ou la licitation a eu lieu avant la mort du testateur, alors le droit du testateur a été fixé avant l'ouverture du legs, et par conséquent le droit du légataire ne peut être douteux au jour du décès.

Si le testateur n'a pas recueilli dans le partage la chose léguée, si elle est restée entre les mains d'un de ses copropriétaires, soit par l'effet d'un partage proprement dit, soit par l'effet d'une licitation, le legs est sans effet, soit qu'on le déclare nul comme ayant eu pour objet la chose d'autrui (art. 883), soit qu'on le déclare révoqué, puisque le testateur a aliéné l'objet légué (art. 1038).

Au contraire, si le testateur a recueilli par l'effet d'un partage une portion déterminée de la chose léguée, le legs est valable pour

(1) V. C. R., Paris, 7 juin 1820, Dev. 1822-1-41 ; C. R., Bastia, 3 février 1836, Dev. 1836-2-247.

cette portion, car le testateur est censé avoir toujours été propriétaire de cette portion. Le partage n'a pas substitué une chose nouvelle à celle qui appartenait au testateur, il a déterminé quelle était véritablement sa part dans la chose.

Enfin, le testateur peut être devenu propriétaire exclusif de la totalité de la chose par l'effet d'un partage ou d'une licitation. Sans contredit alors le legs sera valable, et il sera impossible de considérer le testateur comme ayant légué la chose d'autrui. Il faudra seulement décider en fait si son intention a été de léguer toute la chose ou seulement la portion qu'il avait au moment de la confection du testament. S'il a voulu léguer le tout, le légataire recevra toute la chose, d'abord en vertu de l'article 883, et en outre parce qu'en admettant même que la chose fût chose d'autrui lors du testament, elle est devenue chose du testateur avant sa mort, ce qui est suffisant pour la validité de la disposition. Dans le second cas, le légataire est traité comme si le testateur, propriétaire du tout, lui avait légué seulement la moitié.

166 *bis*. VIII. 2° Le partage ou la licitation n'ont pas eu lieu avant la mort du testateur. Il est encore à cette époque dans l'indivision avec des tiers.

Dans ce cas une nouvelle distinction est nécessaire; les solutions doivent varier suivant qu'il s'agit de la propriété indivise d'une chose unique ou d'une masse de biens, d'une universalité, suivant que le testateur était propriétaire par indivis d'une maison ou d'une succession.

S'il était propriétaire par indivis d'un seul bien, le légataire s'est trouvé investi par sa mort en vertu du testament de tous ses droits sur la chose; c'est lui qui est devenu copropriétaire, c'est lui qui doit procéder au partage, c'est à son profit que se produisent toutes les conséquences du partage. Il aura dès lors la propriété d'une part matérielle de la chose s'il y a partage proprement dit, il aura la totalité s'il se rend adjudicataire sur licitation, et il touchera une partie du prix d'adjudication s'il n'est pas adjudicataire.

Quand la chose léguée fait partie d'un ensemble de biens dont le testateur est propriétaire par indivis, il est impossible d'attribuer au legs le même effet, car on ne peut pas dire, au moment du décès, si le legs a pour objet la chose d'autrui ou celle du testateur.

On ne sait pas si le testateur a des droits sur cette chose, le sort du legs dépend donc de l'issue du partage du patrimoine dont fait partie la chose léguée. M. DEMANTE a établi sur l'article 883 (t. III, n° 225 *bis*. V) que l'aliénation d'un des biens, consentie par le propriétaire indivis, ne fait pas sortir ce bien de la masse partageable, et n'établit pas une indivision à titre particulier entre l'acquéreur et les copropriétaires de celui qui a consenti l'aliénation. D'après les principes du droit actuel, chaque propriétaire par indivis d'un patrimoine n'a sur les divers biens qu'un droit déterminable par le partage à venir, en sorte que c'est à l'événement du partage que sera subordonné le sort de l'aliénation.

En appliquant aux legs les principes posés par M. DEMANTE pour les aliénations en général, nous devons conclure, sur la question qui nous occupe, que le partage du patrimoine sera fait par tous les copropriétaires en présence du légataire, et que si par l'événement du partage l'objet légué n'advient pas aux héritiers du testateur, le legs sera nul comme legs de chose d'autrui; que s'il leur advient, au contraire, le legs sera valable soit pour le tout, soit pour la partie dont le testateur était propriétaire, suivant l'intention du testateur.

166 *bis*. IX. Ces solutions sont contredites par l'article 1423, qui, lorsqu'il s'agit d'un legs fait par le mari commun en biens, en objets de la communauté, valide le legs pour le tout, et quelle que soit l'issue du partage, sauf à ordonner l'exécution par équivalent si l'objet ne tombe pas dans le lot des héritiers du mari. Mais cette décision doit être considérée comme ayant un caractère exceptionnel; elle tient aux pouvoirs particuliers attribués au mari sur les biens de la communauté, et il serait dangereux de chercher à l'étendre.

167. Si le legs est d'une quantité ou d'un corps indéterminé, l'obligation du débiteur consiste à transférer la propriété de la chose qu'il donne en payement. Du reste le choix lui en appartient, mais dans les limites tracées par la bonne foi, qui ne lui permet pas plus d'offrir la chose de la plus mauvaise qualité, qu'elle ne l'oblige à la donner de la meilleure. V. articles 1022, 1246.

167 *bis*. L'article 1022 applique à l'héritier, débiteur d'un legs

de quantité, la règle générale écrite dans l'article 1246 pour toutes les dettes de genre; le doute sur ce point n'est pas possible en présence de l'article du projet de Code qui donnait pour exemple le legs d'un cheval ou d'une pièce de vin, et dont la rédaction seule a été changée. Il ne faut donc pas étendre l'article et l'appliquer au cas où le testateur a légué un genre restreint, c'est-à-dire a donné un des chevaux de son écurie ou une pièce de vin de sa cave, l'héritier peut alors donner la chose qui a le moins de valeur; s'il en était autrement, quand le testateur n'aurait que deux chevaux, le choix serait véritablement enlevé à l'héritier, qui serait forcé de donner le meilleur, ou sinon le legs n'aurait pas d'issue possible, le créancier refusant le plus mauvais et le débiteur ne voulant pas livrer le meilleur.

168. Le legs étant de sa nature une libéralité, on a dû en conclure qu'un legs fait par un débiteur à son créancier n'était pas fait en compensation de la créance; cette décision comprend le legs fait au domestique créancier de ses gages. V. article 1023, qui tranche une question autrefois controversée.

168 *bis*. C'est une interprétation de volonté que contient l'article 1023, il suppose que le testateur a voulu gratifier son légataire, et pour arriver à ce résultat il faut que le légataire puisse cumuler le legs et la créance; mais les expressions mêmes de la loi indiquent qu'il ne faut pas voir dans l'article autre chose qu'une présomption contre laquelle la preuve serait admise, en sorte que ce cumul n'aurait pas lieu si la volonté contraire du testateur était prouvée. Par exemple s'il s'est contenté de faire une reconnaissance de la dette, ou même si, en déclarant léguer au créancier ce qu'il lui doit, il n'a pas voulu autre chose que rappeler l'obligation et lui accorder quelques avantages que sa qualité de créancier ne lui donnait pas, comme avancer l'exigibilité, ou attribuer à la créance l'hypothèque qui résulte de l'article 1017.

169. En terminant la matière des legs particuliers, la loi rappelle le principe déjà connu, qui affranchit des dettes de la succession la chose déterminée ou la quantité ainsi transmise. Du reste, les dettes pouvant absorber tout ou partie de l'actif, et le rendre insuffisant pour l'acquittement des legs, il

est clair qu'alors, comme en général dans tous les cas d'insuffisance, soit du patrimoine, soit de la quotité disponible, les legs doivent être réduits ou anéantis (v. à ce sujet art. 925-927, qui semblent applicables à tous les cas de réduction). Il n'est pas moins évident que le légataire peut, comme tout détenteur, être soumis à l'action hypothécaire. V. art. 1024; voy. aussi art. 871, 874.

169 *bis*. Voy. les explications données par M. DEMANTE sur ce point, t. III, n. 206, 206 *bis*. I, II. — 215, 215 *bis*. I, II, III, IV.

SECTION VII.

Des exécuteurs testamentaires.

170. Pour assurer l'exécution des dernières volontés, dont l'effet pourrait être retardé ou éludé par la négligence ou la mauvaise foi des héritiers, la loi permet aux testateurs de nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires. V. article 1025.

170 *bis*. I. L'exécuteur testamentaire peut être défini : une personne chargée par le testateur d'assurer la complète exécution de ses dernières volontés, soit en les accomplissant par elle-même, soit en veillant seulement à leur accomplissement.

En droit, l'exécuteur testamentaire est un mandataire, seulement son mandat est d'une nature spéciale; celui qui l'a conféré, le mandant, n'existe plus quand il s'exécute, nonobstant l'article 2003, et ceux dont les affaires seront administrées par le mandataire, les héritiers ou légataires universels, n'ont pas consenti au mandat : le mandataire leur est imposé. Ce caractère exceptionnel du mandat de l'exécuteur testamentaire engendrera quelques restrictions que nous trouverons dans les articles suivants. (V. notamment art. 1028 et 1029.)

170 *bis*. II. Néanmoins il faut appliquer en général à l'exécution testamentaire les règles du mandat.

Ainsi, il faut reconnaître, 1° que cette charge est volontaire : que l'exécuteur nommé peut refuser;

2° Que l'exécuteur qui a accepté ne peut plus se démettre, si ce n'est dans le cas prévu par l'article 2007, *in fine;*

3° Que l'exécution testamentaire peut être conférée aux personnes qui n'auraient pas la capacité de recevoir à titre gratuit;

4° Que l'exécution testamentaire est de sa nature un office gratuit;

5° Que si le testateur a disposé de quelques objets de la succession en faveur de son exécuteur testamentaire, on doit voir dans cette disposition plutôt l'attribution d'un honoraire qu'une véritable libéralité, et par conséquent ne pas exiger que l'exécuteur testamentaire ait la capacité de recevoir par testament.

171. Dans la crainte même que le mobilier de la succession ne soit détourné au préjudice des légataires, le testateur est autorisé à en donner la saisine à ses exécuteurs testamentaires. Cette saisine, qui n'empêche pas celle des héritiers ou légataires universels, et par laquelle les exécuteurs testamentaires sont plutôt constitués séquestres que véritables possesseurs, ne peut durer au delà de l'an et jour; et elle n'a lieu qu'autant qu'elle est ordonnée par le testament. V. art. 1026.

171 *bis*. I. Nous avons dit, n° 170 *bis*. I, que certains exécuteurs testamentaires étaient chargés d'exécuter les dispositions du testament, et d'autres seulement de veiller à leur accomplissement. Cette distinction apparaît dans l'article 1026. Pour exécuter par lui-même, il faut que l'exécuteur ait la saisine, sinon il ne peut que veiller. Cette saisine, en effet, c'est la détention des objets héréditaires, et l'exécution devient impossible de la part de celui qui ne détient pas les valeurs de la succession. Dans l'ancien droit, les exécuteurs testamentaires avaient en général et de plein droit la saisine du mobilier. D'après certaines coutumes, par exemple celle d'Orléans (art. 290), ils étaient saisis même des immeubles. Le Code Napoléon a répudié le système de la saisine légale, il a seulement accordé au testateur le droit de saisir par sa volonté son exécuteur testamentaire.

171 *bis*. II. Bien que la saisine de l'exécuteur testamentaire ne

détruise pas la possession de l'héritier et que celui-ci soit toujours possesseur *ut dominus*, de sorte qu'il continue à posséder afin de prescrire (dans les cas où la prescription est nécessaire pour les meubles, malgré l'article 2279), cependant cette détention matérielle par un tiers porte une assez grave atteinte aux droits de l'héritier, pour que la loi ait soumis à des restrictions la faculté qu'elle accorde au testateur.

Ainsi elle n'autorise pas le testateur à saisir des immeubles son exécuteur testamentaire. Les légataires, en effet, sont suffisamment protégés contre les dissipations de la fortune immobilière par l'hypothèque légale qui leur appartient, en vertu de l'article 1017. Peut-être pourraient-ils redouter la dissipation des fruits des immeubles et chercher à étendre la saisine de l'exécuteur testamentaire jusque sur ces fruits qui sont choses mobilières. Mais cette prétention devrait être rejetée, car les fruits perçus postérieurement au décès du testateur n'ont jamais été à sa disposition comme fruits, comme valeur mobilière, et il serait dangereux d'étendre une disposition de sa nature exceptionnelle, puisqu'elle limite les droits du propriétaire. Ce serait d'ailleurs revenir sous une autre forme à la saisine des immeubles, comme on l'entendait sous l'empire de la coutume d'Orléans, car Pothier atteste que cette saisine ne donne pas à l'exécuteur testamentaire le droit de vendre les immeubles, mais seulement celui de toucher les revenus pendant le temps que dure son exécution (1).

171 *bis*. III. La seconde restriction à la faculté qui appartient au testateur de saisir son exécuteur testamentaire, est relative à la durée de la saisine. Elle ne peut durer au delà de l'an et jour à compter du décès. C'est là bien évidemment une disposition qui a pour but de paralyser quelquefois la volonté du testateur; les expressions restrictives de l'article, *elle ne pourra durer*, ne peuvent pas être entendues comme simplement interprétatives de la volonté en l'absence de toute manifestation émanée du testateur. Par conséquent, quelle que soit la qualité des héritiers, alors même qu'ils n'ont pas droit à une réserve, le testateur ne pourrait les priver de la détention pendant plus d'une année. Il est vrai qu'il eût pu les dé-

(1) V. Pothier, *Donat. testam.*, ch. V, art. 2, § 4; Ferrière, sur l'art. 297, Cout. de Paris, IV.

pouiller complétement de sa succession; mais il n'est pas toujours sûr en législation d'appliquer l'axiome : qui peut le plus peut le moins. Des raisons économiques puissantes ont pu être prises en considération par le législateur, et le déterminer à interdire une disposition qui, au point de vue de l'héritier, serait moins grave qu'un dépouillement total, mais qui serait plus grave au point de vue de l'intérêt général, puisqu'elle laisserait la propriété inactive pendant de longues années, dans les mains d'une personne qui n'aurait pas la détention.

171 *bis*. IV. Il ne faut pas, cependant, abuser de l'interprétation littérale, et il faut reconnaître avec les anciens auteurs et la jurisprudence moderne, que le point de départ du délai d'an et jour sera reculé, quand, par des contestations élevées à tort, l'héritier aura reculé la prise de possession de l'exécuteur testamentaire; il ne peut pas dépendre de l'héritier de rendre illusoire, par sa mauvaise volonté, la disposition du testateur (1).

171 *bis*. V. Enfin, on pourrait être tenté d'ajouter à la loi une troisième restriction, pour le cas où le testateur laisse des héritiers à réserve, et de ne pas accorder en ce cas, au testateur, le droit de donner la saisine du mobilier à l'exécuteur testamentaire dans les termes de l'article 1026, parce qu'on peut voir une atteinte à la réserve dans la privation de détention que le testateur impose à son héritier.

Cette distinction, cependant, nous paraît contraire au texte de l'article 1026, à son histoire et à ses motifs.

Le texte ne distingue pas, il autorise dans tous les cas le testateur à donner la saisine à l'exécuteur testamentaire, et cette absence de distinction est très-significative quand on voit les distinctions faites sur une matière analogue par les articles 1004 et 1006.

Dans l'ancien droit, la distinction n'apparaît pas, soit dans le texte des coutumes, soit dans les auteurs qui les ont commentées. Loin de là, si on étudie l'article 290 de la coutume d'Orléans, on voit que la saisine s'étendait à des biens dont le testateur n'avait pas la disposition. En effet, l'exécuteur testamentaire était saisi des immeubles; or, sur ces immeubles il y avait une portion ré-

(1) V. Pothier, sur l'art. 290, Cout. d'Orléans, n. 6; Bourjon, *Des testam.*, Ve partie, ch. XI, sect. II, n. 16; Ferrière, sur l'art. 297, C. de Paris. — C. de Poitiers, 23 ventôse an XIII.

servée, les quatre quints des propres ne pouvaient être enlevés aux héritiers par le testateur (art. 292). Il est vrai que la saisine était légale, mais comme la nomination de l'exécuteur testamentaire était volontaire, on aurait pu faire les objections qu'on fait aujourd'hui en faveur des héritiers à réserve.

Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas changé la nature de la disposition qui nomme un exécuteur testamentaire. Si autrefois cette nomination, entraînant de plein droit saisine, n'était pas considérée comme un legs portant atteinte à la réserve, aujourd'hui la nomination attribuant la saisine par la volonté du testateur ne peut pas plus être considérée comme une libéralité testamentaire. Or, c'est contre les libéralités que la réserve est protégée par l'article 913.

Si on recherche les motifs qui ont pu déterminer le législateur à négliger la distinction qu'il a faite dans les articles 1004 et 1006, on trouve qu'il a pu considérer la détention de l'exécuteur testamentaire comme n'étant pas préjudiciable à l'héritier, puisque c'est une détention à titre de séquestre, de mandataire, et que l'inventaire qui doit être fait assure à l'héritier à réserve la restitution intégrale du mobilier.

Il serait, du reste, bien difficile d'appliquer à cette disposition les règles sur la réserve et la réduction; comment, en effet, déterminer de quelle fraction le testateur peut donner la saisine; doit-on dire que si le testateur laisse un enfant il pourra laisser la saisine de la moitié du mobilier, la saisine du tiers s'il a laissé deux enfants? Cette proportion établie entre le droit de donner la saisine et la quotité disponible serait arbitraire, car le mobilier peut n'avoir qu'une importance très-minime dans la succession, et si la réserve est assurée par les immeubles, pourquoi limiterait-on la saisine de l'exécuteur testamentaire sur les meubles? La difficulté pratique de la solution que nous combattons apparaît surtout chez les auteurs qui soutiennent cette solution, car ils ne donnent pas une règle précise sur ce point; ils se contentent de dire que le testateur ne peut donner la saisine du mobilier, quand il compose toute ou presque toute la succession elle-même (1).

172. Du reste, la saisine n'ayant pour objet que d'assurer

(1) V. M. Duranton, t. 9, n. 401.

le payement des legs mobiliers, l'héritier peut toujours la faire cesser en les payant lui-même, ou en remettant somme suffisante pour les payer. V. art. 1027.

173. L'exécuteur testamentaire est un véritable mandataire, maître d'accepter ou de refuser sa mission, mais lié par son acceptation. Ses obligations sont, en général, tracées par les articles 1991-1996. Mais ce mandataire, étant imposé aux héritiers par la volonté du défunt, ne peut, comme le mandataire ordinaire (art. 1990), être choisi parmi les incapables de s'obliger. V. art. 1028.

173 *bis*. I. Quand un mandant investit de sa confiance un mandataire incapable, il compromet ses propres intérêts, puisqu'il consent à n'avoir pas d'action contre son mandataire, si ce n'est dans la limite de ce dont celui-ci a profité, mais il ne compromet que ses propres intérêts, et il a de plus la ressource de révoquer le mandat quand il lui plaira; mais le testateur ne peut compromettre les intérêts d'autrui en imposant à ses héritiers et à ses légataires un mandataire contre lequel ils n'auraient pas d'action et qu'ils ne pourraient révoquer.

173 *bis*. II. Il ne faut pas, du reste, aller plus loin que le texte de l'article; toutes les fois que l'exécuteur testamentaire choisi sera, en droit, capable de s'obliger, il faudra respecter sa nomination, quand même il ne présenterait pas de garantie de solvabilité, sauf à attaquer sa nomination pour cause d'erreur, s'il était prouvé que le testateur s'est trompé sur la position de fortune de celui qu'il choisissait (1).

174. Bien plus, quoique une femme mariée, sous quelque régime que ce soit, s'oblige valablement avec l'autorisation de justice (art. 219), cette autorisation ne lui suffit, pour accepter l'exécution testamentaire, qu'autant qu'elle est séparée de biens; car, autrement, la jouissance de ses biens appartenant à son mari, l'obligation qu'elle contracterait sans le consentement de celui-ci ne pourrait s'exécuter que sur la

(1) V. Pothier, *Donat. testam.*, ch. V, sect. Ire, art. 1er.

nue propriété; ce qui ne présenterait pas une garantie suffisante. Voy. art. 1029.

174 *bis*. I. Quand le testateur a choisi pour exécutrice testamentaire une femme mariée qui a des biens, il y a lieu de croire qu'il n'a pas considéré seulement l'obligation personnelle qu'elle contracterait, mais qu'il a compté sur la garantie offerte par ses biens; c'est pourquoi le législateur ne se contente pas d'une autorisation qui habiliterait la femme à s'obliger, sans affecter la pleine propriété de ses biens à l'acquittement de son obligation. Or, sous presque tous les régimes, l'autorisation du mari est nécessaire pour produire ce résultat.

1° Sous le régime de communauté, le mari, comme chef de la communauté, a l'usufruit des propres de sa femme; sans son consentement, la femme, même valablement obligée, n'engage que la nue propriété (V. art. 1413, 1417).

2° Sous le régime sans communauté, le mari a personnellement l'usufruit de tous les biens de sa femme; par conséquent la règle sur les obligations de la femme est la même que sous le régime de la communauté.

3° Au contraire, sous le régime de la séparation de biens, la question devient une simple question de capacité : le mari n'a pas de droit sur les biens de sa femme, et dès que celle-ci est relevée de son incapacité, fût-ce par l'autorité de la justice, elle affecte la pleine propriété de ses biens à l'acquittement de son obligation. C'est ce qui explique l'exception contenue dans l'article 1029, relativement à la femme séparée.

4° La loi n'a pas embrassé dans ses prévisions le régime dotal, mais la question, quant à la femme dotale, doit être résolue par une distinction qui ressort des principes posés. Si elle n'a que des biens dotaux, elle ne présente pas plus de garantie aux héritiers et légataires que la femme commune. Elle en offrirait moins quand la dot est inaliénable, car le consentement du mari ne pourrait même pas la rendre capable de s'engager sur sa dot, et par conséquent elle ne pourrait être exécutrice testamentaire. Mais si elle a des paraphernaux, elle doit être traitée comme la femme séparée de biens. (V. art. 1575, 1576.)

174 *bis*. II. La femme commune, autorisée par son mari, s'o-

blige valablement, comme exécutrice testamentaire, sur la pleine propriété de ses biens; mais oblige-t-elle son mari, chef de la communauté? La solution de cette question dépend de la théorie qui sera exposée plus tard sur les articles 1409 et 1419. On peut dire, par anticipation, qu'en général le mari et la communauté sont obligés quand la femme est obligée avec le consentement du mari. Il est vrai qu'on trouve à ce principe quelques exceptions (v. art. 1413 et peut-être 1432), exceptions que des auteurs recommandables étendent à tous les cas où il est clair que l'affaire ne peut avoir profité à la communauté. Mais sans entrer dans le fond de la question sur l'extension qui doit être donnée à ces dispositions exceptionnelles, on peut, dès à présent, remarquer que si la femme, exécutrice testamentaire, a dilapidé les deniers héréditaires, il y a chance que la communauté en ait profité et que le mari ait été l'inspirateur de sa femme, en sorte qu'il n'y a pas de raison pour refuser d'appliquer ici l'article 1419. (Analogie, art. 395, 396.)

175. Toujours par suite du même principe, le mineur, émancipé ou non, étant en général restituable contre ses engagements (art. 1305), ne peut être exécuteur testamentaire. L'autorisation même, ou, si l'on aime mieux, l'intervention du tuteur ou curateur ne ferait pas cesser cette incapacité, parce qu'elle ne priverait pas le mineur du bénéfice de la restitution. V. art. 1030.

175 *bis*. On peut ajouter que l'inaptitude du mineur n'est pas factice et arbitraire comme celle de la femme mariée majeure, qu'elle est en quelque sorte naturelle, et que le tuteur ne peut suppléer le mineur, parce que le mandat est personnel, et que le testateur n'a pas manifesté l'intention de placer en lui sa confiance.

176. Les fonctions des exécuteurs testamentaires comprennent tout ce qui est nécessaire pour assurer l'exécution fidèle des dernières volontés. Il leur appartient, à cet effet, de prévenir tout divertissement du patrimoine par l'apposition des scellés, et d'en constater les forces par un inventaire. Ces deux formalités semblent, au reste, plus particulièrement requises en vue du compte que devra rendre l'exécuteur testa-

mentaire saisi du mobilier. Il paraît même que c'est uniquement dans l'intérêt des héritiers, auxquels sera dû ce compte, que la loi prescrit l'apposition de scellés; car elle ne l'exige qu'autant qu'il y a parmi eux des mineurs, des interdits ou des absents (v. art. 819; C. pr., art. 911).

Il appartient encore aux exécuteurs testamentaires de se procurer, par la vente du mobilier, le numéraire suffisant pour l'acquittement des legs.

Ils doivent, au surplus, dans tous les cas et par tous les moyens possibles, veiller à l'exécution du testament, ce qui leur donne droit d'intervenir dans les contestations pour en soutenir la validité.

Enfin ils doivent rendre compte de leur gestion à l'expiration de l'année, terme fixé à la saisine qui a pu leur être accordée. V. art. 1031.

176 *bis*. I. L'article 1031 énumère les obligations et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, mais il ne fait pas une distinction, bien nécessaire cependant, entre l'exécuteur saisi et celui qui n'a pas la saisine. Il y a lieu de penser qu'on a voulu statuer particulièrement sur l'exécuteur saisi. D'abord les dispositions de l'article sont inspirées par un passage de Pothier (ch. v, sect. 1re, art. 3) qui supposait la saisine, puisqu'elle était légale dans l'ancien droit. Ensuite l'article 1031 lui-même, dans quelques-unes de ses prescriptions, suppose la saisine. Par exemple, quand il impose à l'exécuteur testamentaire l'obligation de rendre compte, il ne peut s'appliquer qu'à l'exécuteur qui a eu la détention des valeurs héréditaires, c'est-à-dire la saisine. Il faut donc, en examinant l'article, le considérer comme directement applicable à l'exécuteur saisi, puis choisir parmi ses dispositions celles qui ne supposent pas nécessairement la détention, pour les appliquer à l'exécuteur qui n'a pas la saisine.

176 *bis*. II. *Exécuteur testamentaire saisi.* — Les règles sur les fonctions de l'exécuteur saisi ont pour but la création d'obligations tendant à assurer la conservation du patrimoine, et l'attribution à l'exécuteur de pouvoirs pour exécuter ou faire exécuter les dispositions testamentaires.

Les deux premiers paragraphes rentrent dans le premier ordre d'idées. La conservation du patrimoine est assurée par l'apposition des scellés et l'inventaire; encore l'exécuteur n'est-il contraint à faire apposer les scellés que s'il existe des héritiers mineurs, interdits ou absents. C'est donc uniquement à la protection des héritiers que la loi a voulu pourvoir. Quant aux légataires, ils sont considérés comme protégés par la saisine de l'exécuteur, choisi par le défunt pour veiller à leurs intérêts. Ils peuvent, du reste, demander personnellement l'apposition des scellés (V. art. 911, C. pr.).

176 *bis*. III. Au paragraphe 3 commence ce qui est relatif à l'exécution proprement dite. D'abord la loi sous-entend que l'exécuteur testamentaire doit payer les legs sur le numéraire de la succession, ou en nature pour les legs d'objets mobiliers appartenant au testateur.

Puis elle prévoit que le numéraire sera insuffisant, et elle autorise l'exécuteur testamentaire à provoquer la vente du mobilier, c'est-à-dire à faire vendre les meubles par un officier public. On doit seulement observer, quant au payement des legs et à la vente du mobilier, que l'exécuteur testamentaire ne doit agir que du consentement des héritiers ou avec l'autorisation de la justice, autrement il s'exposerait à voir contester plus tard la validité des legs par lui payés ou l'opportunité et la régularité des ventes de meubles qu'il aurait provoquées sans le concours des héritiers, seuls propriétaires de ces meubles.

176 *bis*. IV. Le numéraire et les meubles peuvent être insuffisants pour payer les legs; les légataires alors ne peuvent plus compter que sur les valeurs immobilières; ils pourraient en demander eux-mêmes la vente, mais il n'appartient pas à l'exécuteur testamentaire de provoquer cette mesure; la loi ne dit rien et son silence sur ce point est très-significatif, d'abord parce que l'exécuteur testamentaire n'est saisi que du mobilier et n'a pas de pouvoir sur les immeubles; puis, parce que les légataires protégés, en ce qui touche les immeubles, par l'article 1017, moins exposés à des pertes résultant de dépréciation, n'ont pas besoin d'une protection aussi prompte et aussi énergique que lorsqu'il s'agit des meubles héréditaires (1).

(1) V. Pothier, ch. V, sect. 1re, art. 2, § 4.

176 *bis.* V. L'article 1031 parle seulement de l'acquittement des legs, il n'impose pas à l'exécuteur testamentaire l'obligation et ne lui donne pas le pouvoir de payer les dettes. Pothier, cependant, plaçait sur la même ligne l'acquittement des legs et le payement des dettes mobilières; on doit dire aujourd'hui que, chargé seulement de l'exécution des dispositions testamentaires du défunt, l'exécuteur n'a pas mission en ce qui concerne les dettes. Cette différence entre l'ancien et le nouveau droit est cependant plus apparente que réelle, car le payement des legs est nécessairement entravé tant que les dettes ne sont pas acquittées, puisque les légataires ne peuvent être payés qu'après les créanciers; or le payement des dettes ne peut être opéré que sur le mobilier dont l'exécuteur testamentaire est saisi. L'héritier ne procédera donc pas au payement de ces dettes, et dès lors, pour arriver à l'exécution des legs, il faudra que l'exécuteur testamentaire se fasse autoriser par l'héritier ou par la justice à payer les créanciers, soit sur le numéraire existant, soit sur le prix des meubles. Il se trouvera donc en réalité, quant aux dettes, à peu près dans la même position que quant aux legs (1).

176 *bis.* VI. L'exécuteur testamentaire ne peut pas toujours exécuter par lui-même. Certaines dispositions, à raison de leur nature, sortent des limites de ses attributions directes; il n'a plus alors qu'un pouvoir indirect compris dans les expressions de l'article *veiller à ce que le testament soit exécuté;* par exemple, il s'agira du legs d'un immeuble ou d'un droit réel sur un immeuble, d'un legs à terme dont l'échéance n'arrivera qu'après l'année de la saisine, etc. A ce pouvoir de surveillance se rattache celui d'intervenir dans les procès sur la validité du testament.

Enfin, l'exécuteur testamentaire doit rendre compte : c'est la conséquence nécessaire de ce qu'il a été détenteur des valeurs mobilières faisant partie de la succession.

176 *bis.* VII. Telle est la situation légale de l'exécuteur testamentaire saisi. Il reste à examiner si le testateur peut, en manifestant distinctement sa volonté, étendre les pouvoirs de son exécuteur testamentaire, si, en un mot, l'article 1031 est restrictif ou seulement interprétatif de la volonté. Dans ses termes, il énonce

(1) Comp. M. Duranton, t. 9, n. 413-414.

les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, et, bien que l'esprit général du chapitre soit un peu restrictif en ce qui touche l'étendue d'un mandat donné pour le temps où le mandant n'existera plus, il est difficile de considérer comme prohibée toute clause non prévue par l'article 1031. La seule réserve à faire sur ce point doit être dirigée contre toute disposition dont l'effet serait soit de reproduire, sous une autre forme, une des clauses formellement interdites, soit de détruire ou de paralyser le droit de propriété laissé en apparence aux héritiers.

Cette manière d'envisager l'article nous conduit à valider la disposition, qui donnerait à l'exécuteur testamentaire le droit de provoquer la vente des immeubles, en cas d'insuffisance des meubles. Le testateur, en effet, ne lui donne pas par cette clause la saisine des immeubles, la possession reste aux mains de l'héritier; seulement l'exécuteur testamentaire reçoit le pouvoir de faire procéder à une vente que les légataires pourraient demander eux-mêmes directement, sans qu'il fût possible de voir là une atteinte portée à la saisine (1).

176 *bis*. VIII. Mais si nous pensons que les arrêts cités à la note ont sainement appliqué la loi quant au premier point que nous venons d'indiquer, nous ne pouvons accepter, dans tous ses détails, la solution qui ressort de ces monuments de jurisprudence. En effet, dans l'une des espèces sur lesquelles la Cour de cassation a statué, le testateur avait conféré à l'exécuteur testamentaire le droit de fixer *les clauses et conditions de la vente*, et en ceci il avait, ce nous semble, porté atteinte au droit de propriété des héritiers, propriété dont le défunt pouvait les dépouiller, mais qu'il ne pouvait pas paralyser en la laissant entre leurs mains. Comprend-on, en effet, des propriétaires qui n'auraient pas la faculté de contester, même devant la justice, une clause préjudiciable à la vente, et forcés de subir un cahier des charges imposé? L'intérêt des légataires n'est point en jeu, et l'héritier à qui doit revenir l'excédant du prix de vente sur la somme totale des legs a un intérêt trop respectable pour que l'exécuteur puisse demeurer souverain maître du cahier des charges de la vente. La Cour, au reste, n'a pas eu à statuer

(1) C. R., Douai, 26 août 1847, et C. c., rej., 8 août 1848, Dev. 49-1-66. — C. c., rej., 17 avril 1855, Dev. 56-1-253.

directement sur cette difficulté, aucune contestation ne s'étant élevée sur la rédaction du cahier des charges.

176 *bis*. IX. Une autre disposition fort grave des deux testaments qui ont donné lieu aux arrêts de 1848 et de 1855, accorde à l'exécuteur testamentaire le droit de toucher seul le prix des immeubles vendus et d'en faire la répartition aux légataires. Ici encore les testateurs nous paraissent avoir outre-passé leurs pouvoirs, car les héritiers sont véritablement dessaisis des immeubles, contrairement à l'article 1026; ils sont exposés à perdre l'excédant du prix de la vente sur la somme des legs, si l'exécuteur testamentaire devient insolvable; et si la loi à permis de les exposer à ce danger pour les valeurs mobilières, qu'elle regarde généralement comme de peu d'importance, tout nous autorise à penser qu'elle n'a pas voulu les exposer ainsi pour les immeubles, puisqu'elle n'a pas permis d'attribuer à l'exécuteur testamentaire la saisine de ces biens. Certes le testateur pouvait donner la propriété à l'exécuteur testamentaire, mais il ne l'a pas fait, et dès lors il faut que le droit des propriétaires ne soit pas totalement dénué de garantie. La garantie naturelle, en pareil cas, serait le dépôt des fonds à la caisse des consignations, de sorte que les légataires seraient protégés contre les héritiers et ceux-ci contre l'exécuteur testamentaire.

176 *bis*. X. Nous retrouvons en jeu les mêmes principes à propos de deux autres questions sur l'étendue possible des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire. Nous avons vu qu'il doit faire faire inventaire. Cependant il peut être dégagé de cette obligation par la volonté du testateur, et dès lors il ne peut être rendu responsable du défaut d'inventaire. Mais si les héritiers veulent faire remplir cette formalité protectrice, l'exécuteur testamentaire ne pourra prétendre que le défunt en le dispensant de faire faire l'inventaire, l'a autorisé à y faire opposition, quand il est requis par les héritiers; s'il en était autrement, le droit des héritiers serait anéanti indirectement par le testament, puisqu'en les laissant propriétaires du patrimoine, le disposant leur refuserait le droit d'assurer ce patrimoine contre les dilapidations possibles de l'exécuteur testamentaire. Propriétaires, ils ont nécessairement le droit de protéger leur propriété; héritiers, ils ont nécessairement le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire, et le défunt n'a pu les dépouiller de ces droits.

176 *bis*. XI. L'exécuteur testamentaire doit rendre compte; peut-il être dispensé de cette obligation par la volonté expresse du testateur, au moins quand celui-ci ne laisse pas d'héritiers à réserve? Si le testateur a laissé la propriété à ses héritiers, il est impossible que ceux-ci n'aient pas le moyen d'agir contre un mandataire qui administre leur propriété. Le testateur ne peut pas leur avoir laissé la propriété et en même temps avoir indirectement réduit cette propriété à une valeur nominale, les avoir constitués créanciers de l'exécuteur testamentaire, et en même temps avoir réduit l'obligation de ce débiteur à n'être qu'une obligation sous une condition purement potestative de sa part; mais si le testateur a déclaré léguer à l'exécuteur testamentaire le reliquat de son compte, ce qui restera sur le patrimoine après les legs payés, alors il n'y a plus là qu'une disposition fort licite, mal qualifiée sans doute, puisque l'exécuteur testamentaire devient un véritable légataire; mais au moins si les héritiers sont dépouillés, ils le sont directement et par la volonté clairement exprimée du disposant. La question dégénère donc en question d'intention pour le cas où le testateur n'a pas dit expressément qu'il léguait le reliquat; on pourrait être tenté de voir, dans la dispense du compte, ce legs de l'excédant, il serait néanmoins étrange de trouver dans un testament une libéralité par voie d'interprétation, et de donner à une personne, par voie d'induction, une qualité tout autre que celle qu'elle a reçue du testateur. Dans la majorité des cas, le défunt se sera trompé sur l'étendue de ses pouvoirs, il aura voulu s'en rapporter à la bonne foi de l'exécuteur testamentaire, sans pour cela le faire profiter du reliquat; et on risquerait fort de consacrer une libéralité à laquelle le défunt n'avait pas songé, si on accordait en pareil cas à l'exécuteur testamentaire le droit de s'approprier tout ce qui excède les legs qu'il a été chargé de payer.

176 *bis*. XII. *Exécuteur testamentaire non saisi.* — Nous avons dit qu'il fallait appliquer à l'exécuteur testamentaire non saisi toutes les parties de l'article 1031 qui ne seraient pas considérées comme des conséquences nécessaires de la détention des valeurs mobilières.

Ainsi, l'obligation de faire apposer les scellés et celle de faire faire inventaire peuvent très-bien être imposées à une personne qui ne détient pas les meubles héréditaires. Il s'agit de mesures de précaution, et il est dans l'esprit du législateur de multiplier les

personnes qui peuvent les provoquer; nul lien nécessaire n'existe d'ailleurs entre la saisine et l'obligation de faire apposer les scellés ou de faire rédiger un inventaire. Si, en effet, dans le cas de saisine, les scellés et l'inventaire tendent à protéger le patrimoine contre les dilapidations de l'exécuteur testamentaire, ces formalités ne sont pas moins utiles dans le cas où celui-ci n'est pas saisi, car les scellés ont pour effet de garantir les légataires, et surtout les héritiers incapables contre les divertissements que commettraient des cohéritiers ou des étrangers. Quant à l'inventaire, il présente la même utilité que les scellés, et au moins quand il y a des héritiers incapables, il doit être requis par l'exécuteur testamentaire, car c'est le complément indispensable des scellés; s'il n'y a pas d'héritiers incapables, et s'il ne s'agit que des légataires, on peut être tenté de dire que ceux-ci n'ont point intérêt à la confection de cet inventaire, puisqu'ils ont droit au payement intégral de leurs legs, tant que l'héritier ne justifie pas par un acte régulier que la succession était insuffisante; cependant on aperçoit encore l'intérêt des légataires, et cela suffit pour nous autoriser à charger l'exécuteur testamentaire non saisi de faire faire l'inventaire. En effet, cet acte sera indispensable aux légataires s'ils veulent demander contre les créanciers de l'héritier la séparation des patrimoines, quant au mobilier héréditaire, car à défaut de cet acte le mobilier héréditaire serait confondu avec celui de l'héritier (1). Or, cet intérêt éventuel suffit pour nous autoriser à appliquer sans distinction le deuxième paragraphe de l'article à l'exécuteur testamentaire non saisi.

176 *bis*. XIII. L'exécuteur testamentaire saisi exécute lui-même le testament sur les meubles, pour les legs de meubles en nature, et sur le numéraire ou le prix des meubles vendus, pour les legs en argent; il ne peut être question de donner un semblable pouvoir à l'exécuteur testamentaire non saisi; mais il y a lieu de se demander s'il aura le pouvoir de provoquer la vente du mobilier. On conçoit qu'il reçoive cette mission quand il est saisi et qu'il doit acquitter lui-même les legs; mais quand l'héritier a le droit de posséder les biens héréditaires, c'est aux légataires à s'adresser directement à lui et à saisir au besoin ces biens. Mais on ne comprendrait pas dans quel intérêt l'exécuteur testamentaire provoquerait

(1) V. t. 3, n. 221 *bis*. III.

la vente, ferait convertir des meubles en argent, plus facile à dissiper quand il n'aurait certainement pas le droit d'exiger, soit la remise entre ses mains, soit le dépôt à la caisse des consignations des fonds provenant de la vente.

176 *bis*. XIV. La partie de l'article 1031 qui est bien certainement applicable à l'exécuteur testamentaire non saisi, est celle qui concerne le pouvoir de veiller à l'exécution des legs et d'intervenir en justice pour soutenir la validité du testament.

Quant à la disposition sur le compte, elle est absolument inapplicable, car pour être débiteur d'un compte il faut avoir eu une gestion; c'est, du reste, ce qui est surabondamment prouvé par les termes de l'article qui parle d'un compte de gestion, et qui fixe l'époque de la reddition de ce compte à la fin de l'année, c'est-à-dire à l'expiration du temps de la saisine.

177. L'exécution testamentaire, comme tout autre mandat, est un office de confiance nécessairement personnel. Ainsi, les pouvoirs qu'elle renferme finissent à la mort et ne se transmettent pas aux héritiers. V. art. 1032, et à ce sujet, art. 2005.

177 *bis*. La loi est muette sur les autres événements qui peuvent mettre fin à l'exécution testamentaire. Il faut cependant citer : 1° l'exécution complète du testament; 2° la démission de l'exécuteur pour causes légitimes; 3° la révocation prononcée en justice dans les cas graves. Les héritiers ou légataires ne peuvent, en effet, révoquer un mandataire qu'ils n'ont pas nommé, mais ils pourraient faire intervenir la justice pour écarter un exécuteur testamentaire infidèle ou incapable, ou même qui, tombé en faillite ou en déconfiture depuis la mort du testateur, ne présenterait plus les garanties de solvabilité sur lesquelles celui-ci avait compté (1).

178. La mission des exécuteurs testamentaires est en général considérée comme indivisible. Si donc il y en a plusieurs *qui aient accepté*, un seul a qualité pour agir au défaut des autres. Ils doivent dès lors se surveiller mutuellement; ce qui entraîne naturellement la responsabilité de chacun pour le

(1) V Pothier, ch. V, sect. Ire, art. 1er.

tout. La loi, en conséquence, les déclare *solidairement* responsables, mais seulement du compte du mobilier qui leur a été confié. Au surplus, leurs fonctions peuvent être divisées par le testateur, et chacun alors, en se renfermant dans la sienne, ne répond que de ce qui s'y rapporte. V. art. 1033; voy. pourtant art. 1995.

178 *bis*. L'article suppose que tous les exécuteurs testamentaires ont accepté, parce qu'il traite une question de responsabilité collective, mais il n'a pas pour objet de régler l'effet produit sur la disposition du testateur par le refus de l'un des exécuteurs nommés. Ce serait exagérer la portée d'un article étranger à la matière de la nomination des exécuteurs testamentaires, que de conclure de cet article, que le refus d'un des exécuteurs nommés, prive tous les autres de leurs pouvoirs. Certainement on peut concevoir que le disposant ait entendu créer une exécution collective et ait placé sa confiance, non pas dans un seul de ses mandataires individuellement, mais en tous collectivement; cette intention toutefois ne peut guère être présumée, et jusqu'à preuve contraire, on doit donner effet à la disposition du testament, en laissant l'exécution à celui des exécuteurs nommés qui a seul accepté.

179. Tous frais faits par l'exécuteur testamentaire, relativement à ses fonctions, ne tendant qu'à assurer l'exécution des dernières volontés du défunt, sont évidemment des charges de sa succession, et doivent conséquemment être acquittés par elle. Cette règle comprend notamment les frais de scellés, d'inventaire et de compte. V. art. 1034.

179 *bis*. Quand le défunt ne laisse pas d'héritiers à réserve, il est simple et naturel que les frais faits par l'exécuteur testamentaire sont supportés par la succession et diminuent par conséquent la part même des héritiers; il s'agit de l'accomplissement d'une volonté du défunt, et cette volonté était souveraine dans l'espèce. Mais quand l'hérédité est advenue à des héritiers réservataires, le droit de ceux-ci peut faire obstacle à l'application pure et simple de l'article. Car cette application pourrait conduire à une diminution de la réserve par la volonté du testateur, tandis qu'il est constant que cette volonté ne peut avoir une telle puissance. Des

distinctions sont alors nécessaires. Parmi les frais dont il s'agit, il en est qui ont été faits dans l'intérêt même des héritiers, les frais de scellés dans le cas prévu par l'article 1031 : ils doivent grever la succession tout entière. Les dépenses nécessitées par l'inventaire peuvent aussi être considérées comme faites dans un intérêt commun et doivent diminuer la masse héréditaire; mais les frais de compte ne sont occasionnés que par la saisine de l'exécuteur testamentaire, c'est-à-dire qu'ils sont la conséquence de la volonté du testateur, d'une disposition accessoire aux legs. Il en est de même des frais des procès soutenus par l'exécuteur testamentaire à propos de la validité d'une des dispositions du testament; ces dépenses n'ont pas été faites dans l'intérêt commun des héritiers et des légataires. Elles ne sauraient, par conséquent, diminuer la réserve des héritiers; elles sont une charge du disponible, et les héritiers ne doivent y contribuer que dans la proportion de ce qui leur revient sur ce disponible.

SECTION VIII.

De la révocation des testaments et de leur caducité.

180. Le testament valable dans le principe peut être infirmé par l'incapacité de droit survenue dans la personne du testateur. Voy. ci-dessus chap. II.

En outre, les dispositions testamentaires peuvent être révoquées par le changement de volonté du testateur (art. 1035-1038).

Elles peuvent rester sans effet par un événement indépendant de sa volonté et de sa capacité, auquel cas elles sont caduques (art. 1039-1043). A ce sujet, la loi pose les règles relatives au droit d'accroissement (art. 1044, 1045).

Enfin la révocation encourue par le fait du légataire peut être prononcée en justice, après la mort du testateur (art. 1046, 1047).

§ I.

De la révocation des dispositions testamentaires.

181. Œuvre d'une volonté ambulatoire, le testament peut évidemment perdre sa force par une volonté contraire. Cette règle s'applique également au testament entier, et à chacune des dispositions dont il se compose.

La puissance de la volonté contraire doit être la même, soit que cette volonté ait été formellement exprimée, soit qu'elle se manifeste par quelque acte qui la suppose. En d'autres termes, la révocation peut être expresse ou tacite. Mais, dans aucun cas, la loi ne doit avoir égard à l'expression ou manifestation qu'autant qu'elle ne laisse aucune incertitude sur la volonté.

Ainsi, la révocation expresse est assujettie à certaines formes substantielles. Quant à la révocation tacite, la loi elle-même détermine les actes qui doivent la produire.

181 *bis*. I. Les dispositions testamentaires sont essentiellement révocables. Le testateur ne pourrait même pas, par une déclaration expresse de volonté, attacher à un testament le caractère d'irrévocabilité. Cette clause tendrait, en effet, à faire prédominer une volonté plus ancienne sur une volonté plus récente, c'est-à-dire à faire perdre au testament son caractère d'acte de dernière volonté, pour en faire une sorte de donation entre-vifs, dénuée des garanties spéciales à ce genre d'acte. La révocabilité des testaments est la garantie légale contre les suggestions et les entraînements. Le testateur ne pourrait pas sans danger dépouiller sa disposition de ce caractère essentiel.

181 *bis*. II. Le testateur ne pourrait pas plus créer par sa volonté une sorte d'irrévocabilité conditionnelle, en déclarant nul, par avance, tout testament régulier du reste, qui ne contiendrait pas une phrase déterminée, par exemple qui ne commencerait pas par ces mots : Au nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit. Ces clauses, connues autrefois sous le nom de *clauses dérogatoires*, déjà proscrites par l'article 76 de l'ordonnance de 1735, doivent être consi-

dérées comme contraires à l'esprit du Code Napoléon, puisqu'elles tendraient à rendre, jusqu'à un certain point, le testament irrévocable, et qu'elles présentent ce grave danger de faire traiter comme non avenu, un testament très-sérieusement fait par un testateur, qui aurait oublié la clause dérogatoire contenue dans un testament déjà ancien.

181 *bis*. III. Il est cependant certaines dispositions contenues dans le testament, qu'on doit considérer comme irrévocables, et par conséquent comme conservant leur valeur malgré la révocation du testament : nous voulons parler des dispositions qui ne seraient pas des libéralités, mais de simples constatations de fait : ainsi une reconnaissance de dette, une reconnaissance d'enfant naturel. Ces déclarations, bien que contenues dans un testament, ne sont pas en effet des legs, des donations testamentaires; elles sont des aveux, la confession d'un fait, et on ne comprend pas comment le caprice du testateur détruirait la force probante d'un aveu. Il est vrai que le testateur aurait pu cacher, sous la forme d'une reconnaissance de dette, une libéralité testamentaire qui deviendrait ainsi irrévocable. Mais, comme la fraude peut toujours être combattue, les héritiers auraient le droit, après la révocation du testament, de démontrer que la prétendue reconnaissance de dette était un véritable legs et a pu par conséquent être révoquée (1). Quant à la reconnaissance d'enfant, elle peut toujours être contestée d'après l'article 339 C. N., et les héritiers puiseraient dans cet article le droit de la contrôler et de la combattre.

182. Nul doute que la révocation expresse ne puisse être contenue dans un testament postérieur, en quelque forme qu'il soit valablement fait. A défaut de testament, la loi se contente d'un acte devant notaires, passé dans la forme ordinaire; mais elle exige la présence réelle du notaire en second ou des deux témoins au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature par la partie (L. 21 juin 1843, art. 2). En l'absence de l'une de ces formes, la déclaration de changement de volonté serait sans effet. V. art. 1035.

182 *bis*. En se contentant, pour la révocation, d'un acte notarié dé-

(1) V. Pothier, ch. VI, sect. II, § 2.

nué des formes du testament, la loi a voulu faciliter la révocation qui profite aux héritiers naturels plus que le testament qui les dépouille. Il est important de ne pas perdre de vue l'esprit du législateur sur ce point, pour prendre parti sur la validité d'un acte qui soulève des doutes sérieux, l'acte olographe contenant révocation. Un testateur écrit, date et signe un acte qui révoque son testament, mais qui ne désigne aucun légataire pour recueillir tout ou partie de ses biens. Cet acte peut-il avoir l'effet que le testateur a prétendu lui donner? De nombreux auteurs lui refusent cet effet; ce n'est pas, disent-ils, un testament, puisqu'il ne contient aucune attribution de biens, c'est une révocation qui ne satisfait pas aux conditions de forme exigées par l'article 1035. Nous rejetons cette solution comme directement contraire à l'esprit de l'article. Comment concevoir, en effet, que la loi, moins exigeante pour la révocation notariée que pour le testament notarié, ne se contente pas, pour la révocation, de la forme olographe qu'elle accepte pour le testament? *A priori*, on peut donc reconnaître que le législateur aurait consacré une inconséquence, s'il avait repoussé la révocation olographe en admettant le testament olographe. Mais le texte ne nous contraint pas à faire ce reproche au législateur, car on peut bien dire que l'acte est validé par la partie de l'article qui autorise les révocations par testament. Cet acte est un testament. Le testament, en effet, est un acte par lequel une personne dispose de ses biens pour le temps où elle ne sera plus. Or, disposer c'est agir en maître, et priver une personne d'une chose c'est agir en maître sur cette chose. Le mot disposer est plus large que le mot donner, et n'est pas synonyme du mot attribuer.

On peut, il est vrai, élever une objection contre cette manière d'entendre l'article, c'est que, traduit ainsi, le mot testament s'appliquerait à tout acte de révocation, et que cependant l'article 1035 distingue les testaments et les actes de révocation. Mais il est facile de voir que cette distinction était nécessaire, puisqu'il s'agissait de valider une révocation dénuée des formes du testament et qui, par conséquent, n'eût pas été valable si la loi n'en avait fait une mention spéciale (1).

(1) C. c., rejet, 17 mai 1814, C. c., 7 juin 1832, C. R., Bordeaux, 17 mars 1846. Dev. 1846-2-524.

183. La révocation tacite résulte, en général, d'un fait du testateur qui suppose en lui l'intention de révoquer. Cette intention ne peut s'induire de cela seul que le testateur aurait fait un second testament : car le principe du droit romain qui s'opposait à l'existence simultanée de plusieurs testaments, n'a aucune application chez nous, où chaque testament peut ne comprendre qu'une partie des biens (v. art. 895). Ainsi, les dispositions postérieures n'annulent les précédentes qu'en ce qu'elles ont de contraire ou d'incompatible avec elles. V. art. 1036.

183 *bis*. I. Les dispositions nouvelles du testateur révoquent les anciennes, quand elles prouvent que ses intentions ont changé à l'égard du premier légataire. La preuve de ce fait résulte de la contrariété ou de l'incompatibilité des dispositions : deux mots qui expriment à peu près la même idée et entre lesquels une distinction est inutile, car des dispositions contraires sont nécessairement incompatibles. On peut cependant penser que le législateur a considéré comme contraires les legs qui prescriraient directement l'inverse l'un de l'autre. *Exemple :* Je donne ma maison à Pierre, je donne ma maison à Jean; et comme incompatibles les dispositions qui, sans prescrire exactement la même chose au profit de deux personnes différentes, ne peuvent cependant s'exécuter toutes deux. *Exemples :* Je lègue ma maison à Pierre,... je lègue à Pierre un droit de vue sur la même maison. Ou bien, j'ai légué à Pierre, mon débiteur, sa libération ; plus tard je lègue à Paul ma créance contre Pierre.

Déterminer si deux dispositions sont incompatibles ou peuvent se concilier, c'est, à bien dire, faire œuvre de juge de fait plutôt que de juge de droit. Toute la difficulté réside dans l'appréciation de la volonté du testateur, et de véritables règles de droit ne sauraient être données sur ce point. En effet, à l'exception de quelques hypothèses assez rares, comme la dernière que nous avons citée, il sera toujours possible de concilier les deux dispositions, en traitant les légataires comme légataires de la même chose et en partageant entre eux la chose léguée. Que les legs soient universels, à titre universel ou particuliers, il n'y aura jamais impossibilité de droit de partager la chose léguée entre les deux légataires, et c'est

la volonté du testateur qu'il faudra rechercher, pour savoir si les deux legs doivent être exécutés ou si le second seulement doit recevoir son effet. Nous devons donc nous contenter d'indiquer quelques présomptions sur la volonté du testateur. Ainsi, des legs à titre universel ou particulier contenus dans un second testament, ne seront pas ordinairement considérés comme révoquant, même en partie, un legs universel compris dans un premier acte. Il sera plus naturel de les envisager comme des charges imposées au premier légataire, mais qui laisseraient son droit intact au cas où elles deviendraient caduques.

Un legs universel, au contraire, révoquerait un legs universel, parce que le testateur ayant disposé de la même chose, sans que la réunion des deux dispositions dans le même acte montre l'intention d'unir les légataires, il est probable qu'il a voulu donner au premier légataire un remplaçant et non un colégataire.

De même un legs universel doit être présumé révoquer un legs à titre universel, parce qu'il dispose de la totalité du patrimoine dont le testateur avait déjà donné une fraction, tandis qu'un legs à titre universel et un legs particulier peuvent facilement être envisagés comme s'étant conciliés dans la pensée du testateur avec un legs à titre universel contenu dans le premier testament.

Enfin, quand le legs le plus ancien est un legs particulier, il n'y a pas présomption que le testateur ait voulu le révoquer en faisant des legs universels ou à titre universel. Il est constant qu'il ne l'a pas révoqué en faisant un legs particulier d'un autre objet; mais s'il a légué le même objet, on peut dire que probablement il a changé de volonté, et que le premier légataire ne peut pas être traité comme colégataire du second.

183 *bis*. II. Dans cette recherche par simples présomptions de la volonté du testateur, nous avons toujours supposé que les deux dispositions s'adressaient à deux légataires différents. La question devient tout autre quand les deux legs sont faits au profit d'un seul et même légataire.

C'est encore une question d'intention; mais il ne s'agit plus de savoir si deux légataires sont conjoints ou si l'un exclut l'autre. Il faut reconnaître si les deux legs peuvent être cumulés ou si le second modifie le premier, soit en l'augmentant, soit en le diminuant. L'interprétation du testament ne présente pas de difficultés

quand il s'agit de deux legs universels ou à titre universel; il est clair que le testateur aura répété ou changé sa disposition, suivant que le second testament reproduira ou changera la fraction léguée antérieurement, et on aurait difficilement l'idée de cumuler les deux fractions indiquées dans les deux testaments. Mais quand il s'agit de legs particuliers, on pourra se trouver plus embarrassé. S'il a été légué deux corps certains différents, il serait difficile de ne pas attribuer au légataire les deux objets; si le même corps certain a été donné deux fois, il sera évident, au contraire, qu'il y a répétition du même legs. Mais si les deux legs ont pour objet des sommes d'argent, on peut élever des doutes plus sérieux sur l'intention du testateur. Les deux sommes peuvent être égales ou inégales, et il y aura lieu de se demander si le légataire doit cumuler les deux sommes ou si la dernière seulement peut être exigée. Les circonstances seules pourront déterminer les juges sur ce point. On peut seulement observer que les actes constitutifs d'obligation doivent s'interpréter en faveur des débiteurs, et que par conséquent les tribunaux ne devraient admettre qu'avec une grande réserve le cumul des deux sommes léguées, surtout quand elles sont de même importance et qu'une répétition peut paraître probable.

184. L'intention de révoquer, une fois manifestée, expressément ou tacitement, dans un testament postérieur, détruit entièrement le premier, qui ne pourrait revivre que par l'effet d'une nouvelle volonté. On sent dès lors que le sort de la révocation ne doit pas dépendre de l'exécution que reçoit ou non le testament postérieur, par suite d'événements indépendants de la volonté du testateur. La loi fait l'application de cette règle au cas d'incapacité ou de refus de l'institué. V. art. 1037.

184 *bis*. I. La révocation expresse et même tacite est le résultat de la volonté du testateur, et non pas seulement de l'impossibilité de concilier les deux actes. L'article 1037 tire de cette idée une conséquence remarquable : la révocation expresse ou tacite subsiste, quoique l'acte qui la contient ne produise pas tous ses effets. Le premier légataire reste dépouillé nonobstant l'incapacité ou le refus du second. La volonté de révoquer est constante, et cela suffit

pour que la première disposition n'ait pas d'effet, quoique la seconde ne s'exécute pas.

184 *bis*. II. L'article suppose l'incapacité ou le refus du légataire, et sa règle doit être étendue à tous les cas où la volonté de révoquer un legs résultera clairement d'une disposition dénuée d'effet. Ainsi, lorsque le second testament contiendra une substitution prohibée, il ne recevra pas son effet, le legs même fait au grevé restera inutile (art. 896), et cependant ce legs suffira pour révoquer celui contenu dans le précédent testament, parce que la volonté de révoquer sera évidente. On argumenterait au besoin en ce sens, de l'article suivant, qui considère comme suffisante pour révoquer un legs, une aliénation nulle de la chose léguée.

184 *bis*. III. Mais si la nullité de la disposition ne détruit pas la preuve du changement de volonté, au moins faut-il que le second testament soit l'expression d'une volonté sérieuse et certaine, qu'il soit valable en la forme, car la loi ne saurait attacher l'effet révocatoire à un acte qui, dénué des conditions essentielles de son existence, n'est pas réputé l'expression d'une volonté libre. Ainsi un testament sous seing privé qui ne serait pas écrit en entier par le testateur, un testament par acte public qui serait reçu par un notaire seul et sans assistance de témoins, ne pourraient révoquer un précédent testament, non-seulement parce qu'ils ne pourraient investir le second légataire, mais parce qu'ils ne contiendraient pas une manifestation suffisante de la volonté de révoquer.

184 *bis*. IV. Jusque-là pas de doute : l'acte ne satisfait ni aux conditions exigées pour les testaments ni à celles exigées pour les révocations. Mais il peut arriver qu'un testament contenant révocation expresse ou tacite de précédentes dispositions, soit nul comme testament et satisfasse comme révocation aux conditions des lois du 25 ventôse an XI et du 21 juin 1843. En ce cas on pourrait, par analogie de l'article 1037, considérer la révocation comme valable en décomposant l'acte en deux actes, 1° un testament qui est nul; 2° un acte de révocation valable conformément à l'article 1035. Ce serait abuser de notre article en allant plus loin que son texte. Certes il peut arriver qu'un acte contienne des dispositions valables et d'autres nulles, mais il faut pour cela que ces dispositions n'aient pas entre elles une liaison intime. Or, ce lien existe ici : le testateur a révoqué sa première disposition, mais il a révoqué

pour donner. Si le legs est nul parce que la volonté n'est pas présumée avoir été libre, cette volonté a-t-elle été libre quant à la révocation? L'analogie avec l'hypothèse de l'article 1037 n'est qu'apparente, car, dans le cas prévu par cet article, il ne s'élève aucun doute sur le caractère sérieux et libre de la volonté du testateur. Au contraire, quand le testament est nul pour vice de forme, le testateur a été privé des garanties qui le protégeaient contre les suggestions et les violences. On peut dire qu'il y a présomption qu'il a agi sous une influence étrangère, et par conséquent la révocation du premier legs, préliminaire indispensable du second, est entachée du même vice que le second legs lui-même, et doit être comme lui destituée d'effets. Voilà ce qui explique comment le texte de l'article 1037 traite d'une manière restrictive des cas où le second legs reste sans exécution par l'incapacité ou le refus du légataire, et non pas d'une manière générale de tous les cas où le second testament ne peut produire d'effets (1).

184 *bis*. V. Le testament révoqué ne peut revivre que par l'effet d'une nouvelle volonté; il n'est pas cependant réduit à néant, il a une existence de fait, il constate d'une manière positive l'état de la volonté du testateur à une certaine époque. Il suffit donc d'une nouvelle manifestation de volonté rétractant la révocation pour faire revivre ce testament. Et comme cette nouvelle manifestation, si elle ne contient aucun legs, que ne contenait pas le testament révoqué, tend à réhabiliter un ancien testament valable et non pas à créer de nouvelles libéralités testamentaires, il n'est pas nécessaire qu'elle soit revêtue des formes du testament.

Quand le testateur rétracte ainsi purement et simplement, sans nouvelles libéralités, la révocation de son testament, le résultat de cet acte ne peut être douteux. En effet, la révocation du testament avait pour but de rendre la succession aux héritiers *ab intestat ;* rétracter cette révocation, c'est nécessairement, dans la pensée du testateur, la leur enlever de nouveau, et elle ne peut leur être enlevée qu'au profit des légataires institués dans le testament ancien. Si ces légataires ne recouvraient pas leurs droits, les héritiers *ab intestat* conserveraient la succession; par conséquent la révocation,

(1) V. C. c., rejet, 20 février 1821, C. c., rejet, 2 mars 1836, Dev. 1836-1-174. — C. R., Bordeaux, 25 août 1832, Dev. 1833-2-16.

bien que rétractée, produirait ses effets, et le nouvel acte serait complétement dénué de sens.

184 *bis*. VI. Mais quand le testament avait été révoqué par un second testament contenant des libéralités au profit de légataires nouveaux, il peut être difficile de prendre parti sur l'effet d'un nouvel acte révocatoire. L'acte qui révoque ce second testament fait-il revivre le premier, en anéantissant non-seulement les libéralités contenues dans le second, mais encore la partie de cet acte qui révoquait le premier? Ou bien les deux testaments deviennent-ils inutiles, par une interprétation qui appliquerait la clause qui révoque le second seulement aux libéralités que cet acte contenait, et non pas à la révocation du premier acte? C'est là bien certainement une question d'intention, et la difficulté sera évitée toutes les fois que le testateur se sera expliqué sur les conséquences de l'acte par lequel il révoque son second testament. Quand il s'agira d'interpréter la volonté, les juges devront décider d'après les circonstances de fait, tenir compte notamment de l'ancienneté du premier testament, que le testateur peut avoir oublié quand il révoquait, sans explication, le plus récent. Et si les faits accessoires, si les relations, par exemple, du testateur avec ses héritiers et ses légataires ne peuvent pas éclairer les juges, comme la volonté du testateur sera au moins ambiguë, et qu'une volonté incertaine ne suffit pas pour valider une disposition testamentaire, le doute devra s'interpréter en faveur des héritiers légitimes investis par la loi, au détriment des légataires dont le droit ne sera pas suffisamment établi (1).

185. La révocation tacite ne résulte pas seulement d'un testament postérieur. L'intention est également manifestée par l'aliénation de la chose léguée; et la loi voit cette intention dans une aliénation quelconque. Ainsi, ni la faculté de rachat réservée dans une vente, ni la subrogation réelle produite par un échange, n'empêcheraient l'application du principe. Il est clair qu'il faut étendre à toute aliénation résoluble ce qui est dit ici de la vente à réméré. Bien plus, la *nullité* de l'aliénation ne l'empêcherait pas d'emporter révocation; et cette révocation subsisterait, quand même, par l'effet de la

(1) C. c., rejet 7 février 1843, Dev. 1843-1-513.

résolution ou de la nullité, le testateur aurait recouvré le bien de son vivant. V. art. 1038.

185 *bis*. I. L'aliénation de l'objet légué, quand cet objet est un corps certain, est le signe d'un changement de volonté, et par conséquent entraine la révocation du legs. Il faut seulement que l'aliénation ait été volontaire. Ainsi la vente sur saisie, et l'expropriation pour cause d'utilité publique, ne feraient pas présumer la volonte de révoquer, et le legs pourrait produire son effet si la chose rentrait dans le patrimoine du testateur avant l'époque de sa mort.

En considérant toute aliénation de la chose léguée comme une révocation de legs, le Code Napoléon a voulu éviter les difficultés et les procès qui naissaient autrefois sur la signification des aliénations consenties par le testateur, et sur l'intention qui les avait déterminées. On ferait revivre ces difficultés et on violerait le texte même de la loi, si on cherchait l'intention de révoquer dans des actes qui ne seraient pas de véritables aliénations. Ainsi, quand la translation de propriété ne sera pas consommée, quelque probable que puisse paraitre un changement de volonté, on ne devrait pas dire que le legs est révoqué. Si, par exemple, on suppose que le testateur a fait une donation non acceptée, l'aliénation n'est pas parfaite, l'intention seule apparait; encore peut-elle changer : le tiers n'a pas acquis de droit. Par conséquent, on est en dehors des termes de l'article 1038, sans qu'on puisse invoquer soit l'article 1036, soit l'article 1035. Dès lors le legs n'est pas révoqué.

Il faut en dire autant des actes d'aliénation sous condition suspensive, si la condition ne se réalise pas. Il n'y a pas eu aliénation, et l'intention de révoquer est elle-même douteuse, car la révocation a pu, dans la pensée du testateur, être subordonnée, comme la translation de propriété, à l'arrivée de la condition.

185 *bis*. II. Si l'aliénation sous condition résolutoire et celle qui est entachée de nullité emportent, d'après l'article, révocation du legs, c'est qu'elles ont été considérées par le testateur comme consommées, et que l'anéantissement ultérieur de l'acte ne détruit pas la volonté de révoquer antérieurement manifestée. Aussi, en ce qui touche les aliénations nulles, doit-on nécessairement restreindre l'application de l'article au cas où la volonté d'aliéner, et par conséquent de révoquer, ne peut être l'objet d'un doute; par exemple,

quand l'acte d'aliénation est une donation au profit d'un incapable, ou une vente rescindable pour cause de lésion, ou une aliénation d'immeuble dotal. Mais on arriverait à des conséquences contraires aux principes les plus élémentaires du droit et de la raison, si, exagérant la portée de l'article, on attachait l'effet révocatoire à une aliénation nulle à raison d'un vice du consentement. Comment une volonté impuissante pour transférer la propriété pourrait-elle avoir la force de révoquer un legs? Si on suppose que le testateur, interdit depuis son testament, a aliéné l'objet légué, pourrait-on soutenir que l'acte d'aliénation a révoqué la disposition testamentaire? Si l'aliénation est entachée du vice de violence ou d'erreur, est-il possible d'attribuer aucun effet à un pareil acte?

Il faut rapprocher de ces hypothèses, celle où l'acte d'aliénation serait une donation nulle en la forme. Les formes sont, en matière de donation, exigées comme garantie de la sincérité et de la liberté du consentement. En l'absence des formes légales, il y a en quelque sorte présomption de captation, et dès lors l'intention de révoquer le legs n'est pas plus certaine que l'intention de gratifier le donataire.

186. Le Code a gardé le silence sur une autre espèce de révocation, résultant de l'état matériel de l'acte qui contient les dernières volontés.

186 *bis*. Il n'y avait pas nécessité de s'expliquer sur la révocation qui résulte de la destruction matérielle du testament. La question de fait domine ici la question de droit. Si le testament n'existe plus, s'il a été brûlé ou raturé de telle sorte qu'il soit désormais impossible de le lire, la loi et la justice n'ont pas à statuer sur le sort d'un acte qui ne peut être produit devant les tribunaux.

Mais la destruction peut n'être pas complète, le testament lacéré ou raturé peut cependant être encore lisible en entier, la signature seule ou la date peuvent avoir été effacées, c'est peut-être un testament mystique dont les sceaux ont été rompus sans que l'écrit intérieur ait été détruit. Dans tous ces cas il n'y a pas impossibilité matérielle de connaître et d'exécuter le testament, mais les altérations que l'écrit a subies peuvent être le signe d'un changement dans les intentions du testateur, et ce changement doit emporter révocation, puisqu'il se manifeste par un fait qui dénature le testament et le prive des conditions essentielles à son existence.

C'est la volonté du testateur qui donne à la destruction partielle de l'acte la force révocatoire : si donc il était prouvé que l'altération est le résultat d'un accident, ou provient du fait d'une personne étrangère, le testament resterait valable. Seulement, quand le testament sera trouvé en la possession du testateur, la présomption sera que les altérations émanent de son fait ; tandis que si le testament est trouvé chez une autre personne, on devra plutôt présumer que le testateur n'a pas consenti à la destruction partielle de son testament.

§ II.

De la caducité des dispositions testamentaires, et du droit d'accroissement.

187. La loi indique quatre causes de caducité : 1° prédécès de l'institué (art. 1039-1041) ; 2° perte de la chose (art. 1042) ; 3° et 4° incapacité ou refus de l'institué (art. 1043). Ensuite elle détermine les cas où la disposition, qui ne peut recevoir son exécution au profit d'un légataire, se trouve néanmoins préservée de la caducité, par l'accroissement en faveur d'un autre légataire (art. 1044, 1045).

188. La disposition testamentaire étant essentiellement personnelle, comme l'affection qui la produit, ne peut passer aux héritiers du légataire qu'autant que le droit s'est ouvert dans la personne de celui-ci. Cette ouverture n'ayant jamais lieu avant la mort du testateur, il est clair qu'il y a caducité, si le légataire ne survit pas à celui-ci. Voy. art. 1039 ; et remarquez que la caducité par prédécès n'a pas besoin d'être prouvée par l'héritier ; c'est à celui qui réclame le legs du chef du légataire à prouver qu'il a survécu (v. art. 135).

189. Si la disposition est conditionnelle, l'ouverture du droit est suspendue jusqu'à l'événement de la condition. Il ne suffit pas alors que le légataire survive au testateur, il faut encore qu'il survive à l'accomplissement de la condition. Mais, pour l'application de ce principe, on doit distinguer avec grand soin si la disposition est vraiment conditionnelle

ou si elle est seulement à terme : or, la distinction en cette matière tient moins à la nature des choses qu'à l'intention du testateur.

190. A cet égard, il faut d'abord reconnaître, en principe, qu'une disposition testamentaire peut être réputée conditionnelle, par cela seul qu'elle est faite à terme incertain (v. *Papin*, L. 75, ff., *De cond. et dem.*), soit qu'il y ait incertitude absolue, ou qu'il soit seulement incertain quand l'événement arrivera, et si ce sera du vivant du légataire (v. *Pomp.*, L. 1, § 2; *Pap.*, L. 79; *ppio et* § 1, ff. *De cond. et demonstr.*; *Paul*, L. 12, § 1, ff. *De leg.* 2°; *Ulp.*, L. 4, *ppio et* § 1, ff. *Quand. dies leg. ced.*).

191. Mais toute disposition dont l'exécution est subordonnée à un événement incertain n'est pas par cela même et nécessairement conditionnelle. Il y a toujours lieu à rechercher l'intention du testateur, pour juger si c'est la disposition elle-même, ou seulement son exécution qu'il a voulu suspendre jusqu'à l'événement. V. art. 1040 et 1041.

192. C'est encore un point de doctrine constant, quoique le Code ne s'en soit pas expliqué, qu'une condition qui n'est pas exprimée dans le testament, mais qui résulte, soit de la nature des choses, soit des principes du droit, ne rend pas, à proprement parler, conditionnelle la disposition testamentaire qui lui est subordonnée. Cette observation s'appliquerait, par exemple, à un legs de fruits à naître. V. *Papin*, L. 99; *Pomp.*, L. 1, § 3, ff. *De cond. et dem.*; *Paul*, L. 6, § 1, ff. *Quand. dies leg. ced.*

193. Le legs est caduc, si la chose léguée périt pendant la vie du testateur; peu importe que ce soit ou non par son fait. Il est évident alors que le droit ne peut s'ouvrir, faute d'objet. Le résultat est, en général, le même, si la chose périt par cas fortuit après la mort du testateur; alors cependant, il n'y a pas proprement caducité; mais l'héritier, débiteur de corps certain, est libéré par la perte de la chose due, pourvu, bien entendu, que cette perte ne provienne ni de son fait ni de sa

faute. Toujours suivant la règle générale, la demeure même de l'héritier ne ferait point obstacle à sa libération, si la chose eût dû également périr entre les mains du légataire. Ce n'est pas que le débiteur en demeure ne soit toujours en faute, mais c'est que sa faute ne fait aucun tort au créancier, qui dans aucun cas n'aurait pu sauver la chose. V. art. 1042. 1138, 1302.

193 *bis*. I. L'article prévoit deux hypothèses, dans la première seulement il y a caducité. Quand la chose périt du vivant du testateur, le legs en effet devient inexécutable, le droit du légataire n'a jamais existé, le legs est véritablement caduc.

Il est nécessaire, pour qu'il en soit ainsi, que le legs ait pour objet un corps certain, car les questions de perte ne peuvent jamais s'élever à propos des quantités; mais il n'est pas indispensable que la perte soit une destruction matérielle de tous les éléments de la chose. Il suffit que cette chose soit tellement dénaturée qu'on puisse dire qu'elle a perdu son individualité et qu'elle est devenue un autre objet. Les exemples de ce changement de nature abondent dans les textes du droit romain, et Pothier cite, d'après la loi 88 *De legatis* 3°, le cas où des ballots de laine légués ont été convertis en drap et en vêtements.

A l'inverse, les molécules matérielles, qui composaient la chose, peuvent être entièrement changées, sans que la chose soit considérée comme détruite. Ainsi, un bateau, par des réparations successives, ne se composera plus d'aucune des planches qui existaient lorsqu'il a été légué; un couteau aura perdu d'abord la lame, puis le manche successivement remplacés par une autre lame et un autre manche. (V. Pothier, ch. VI, sect. IV, art. Ier, § 2.) Ces différents objets auront conservé leur individualité malgré les changements subis par leur composition matérielle, le légataire, par conséquent, pourra exercer ses droits que la caducité n'aura pas atteints.

193 *bis*. II. La loi ne fait pas de distinction fondée sur la nature de l'événement qui a détruit la chose léguée. Du vivant du testateur, quand l'objet n'est pas encore dû, peu importe que cet objet périsse par cas fortuit ou par le fait du testateur. Celui-ci n'est pas débiteur, et, investi du droit de révoquer son legs, il a bien le droit de le rendre inexécutable par la destruction de la chose. Il y a plus, si c'est un tiers qui a détruit l'objet légué, il peut être débi-

teur de dommages-intérêts envers le testateur, mais non pas envers le légataire, qui n'est pas et ne sera jamais investi de son droit; et rien ne permet de considérer l'espérance qu'avait ce légataire de recueillir le bénéfice de la disposition comme s'étant convertie en un droit sur cette créance de dommages-intérêts, puisque le legs pouvait toujours être l'objet d'une révocation, que le testateur peut avoir jugée inutile, depuis la destruction de la chose.

193 *bis*. III. Ce que nous disons du fait d'une personne étrangère, nous l'appliquons au fait de l'héritier présomptif. Du vivant du testateur, étranger au patrimoine, il n'est ni propriétaire du patrimoine, ni débiteur des legs, en sorte que s'il a détruit un objet de la succession, il ne peut être tenu envers le légataire en vertu de l'article 1302; et quant à l'obligation à des dommages-intérêts en vertu de l'article 1382, il l'a contractée envers le testateur, mais elle s'éteindra par confusion à la mort de celui-ci.

193 *bis*. IV. Il était inutile de parler dans un chapitre sur la caducité, du cas où la perte de la chose léguée arrivait après l'ouverture du legs. Ce n'est plus là un cas de caducité, le legs a produit son effet, les droits du légataire sont nés, et si la perte de la chose détruit ses droits, c'est qu'indépendamment de tous les principes sur la caducité des legs, il ne peut être ni créancier ni propriétaire d'une chose qui n'existe pas (V. art. 1138, 1302). La loi s'est laissé entraîner à faire un rapprochement entre deux hypothèses qui paraissent identiques au premier aperçu, mais qui cependant sont régies par des principes différents; en sorte que la distinction entre elles peut présenter une grand intérêt. Supposons, en effet, la perte survenue du vivant du testateur, le legs est caduc et n'a jamais produit d'effets, le légataire ne peut rien exiger, ni ce qui reste de la chose ni les accessoires, car ces restes ou ces accessoires n'étaient pas l'objet légué, et le droit ne peut pas prendre naissance sur un objet autre que celui légué par le testateur. Si, au contraire, la perte est postérieure au décès, le legs a produit son effet, le légataire a eu droit à la chose et à ses accessoires; devenu propriétaire de la chose, il a certainement droit à ce qui en reste, quand même ces restes seraient devenus un objet tout autre que la chose léguée; propriétaire d'un objet principal et d'objets accessoires, il ne peut perdre la propriété des objets accessoires par la destruction de l'objet principal. Pothier applique ces principes à un animal

mort dont il ne reste que le cuir, aux planches provenant d'un bateau dépecé, et à un cheval légué avec son harnais (1).

193 *bis*. V. L'article 1042, § 2, contient donc seulement, mais en termes un peu embarrassés, l'application du principe qui sera posé et expliqué plus tard sur l'article 1302; la seule différence importante à signaler entre les deux articles, c'est l'emploi du mot *fait* dans l'article 1042 et son omission dans l'article 1302, omission qui pourrait faire croire qu'à la différence du droit romain, le droit français ne considère pas le simple fait du débiteur comme engageant sa responsabilité. Mais on verra plus tard que telle n'a pas été l'intention des rédacteurs du Code civil, et que leur volonté sur ce point est manifestée par l'article 1245.

194. Quoique le droit du légataire s'ouvre à son profit sans aucun acte de sa volonté, il peut toujours le repousser par un acte de sa volonté contraire. Le droit, au surplus, ne peut s'ouvrir en sa faveur, s'il n'est pas capable de recevoir. Au cas de refus ou d'incapacité, la disposition est donc caduque. V. art. 1043.

194 *bis*. I. Deux dernières causes de caducité du legs : incapacité du légataire survenue depuis la confection du testament : répudiation du légataire.

Si le légataire était incapable lors de la confection du testament et n'est pas devenu capable avant la mort du testateur, le legs a été nul dans son principe, et il est impossible de le qualifier de legs caduc. L'article suppose au contraire que le légataire était capable et qu'il a cessé de l'être, supposition qui, hors le cas de prédécès prévu par l'article 1039, se réalisera rarement dans les principes du droit actuel, puisque la condition presque unique pour recueillir par testament est d'exister. On peut croire, cependant, que les rédacteurs du Code ont songé au cas où la capacité se perd par la mort civile, cas qui se confond avec celui de prédécès, et à l'hypothèse où le légataire français est devenu étranger, hypothèse qui a perdu son intérêt depuis la loi du 14 juillet 1819. Aujourd'hui on peut supposer que le légataire a été condamné à une peine afflictive perpétuelle et qu'il a perdu par conséquent le droit de rece-

(1) V. Pothier, ch. IV, sect. IV, art. 1er, § 3.

voir par testament en vertu de la loi du 31 mai 1854, article 3.

194 *bis*. II. On ne trouve pas de règles sur la répudiation des legs, et il ne faut p s appliquer aux légataires les règles édictées pour les héritiers. Tout au plus pourrait-on exiger des légataires universels et à titre universel une renonciation au greffe, parce que les créanciers ont toujours intérêt à connaitre leurs intentions. Cependant le silence de la loi sur ce point nous a paru indiquer clairement que cette obligation ne saurait leur être imposée, et nous avons vu dans ce fait la preuve de notre théorie sur l'obligation du légataire aux dettes, obligation qui, envers les créanciers, n'est que subsidiaire, et ne détruit pas l'obligation principale de l'héritier (1).

Quant aux légataires particuliers, il n'y a pas de raison pour les contraindre à renoncer au greffe, et on doit reconnaître, avec l'ancien droit, que leur renonciation n'est assujettie à aucune forme et qu'elle peut même se faire tacitement (2).

195. La caducité, provenant de décès, incapacité ou refus du légataire, et généralement tout événement qui, sans détruire la chose léguée, met le légataire dans l'impossibilité de la recueillir, doit naturellement profiter à ceux qui, chargés par la loi ou par le testateur d'acquitter le legs, s'en trouvent par là dispensés.

196. Cette règle cesse, néanmoins, dans le cas où la volonté expresse ou présumée du testateur, attribue à un autre légataire le profit de la caducité. Cette volonté est expresse dans le cas de substitution vulgaire (v. art. 898); la loi la présume dans certains cas, pour faire accroître à l'un ou à quelques-uns de plusieurs légataires appelés à une même chose, la part non recueillie par les autres.

196 *bis*. On appelle *droit d'accroissement* le droit qui appartient à un légataire, en vertu de la volonté présumée du défunt, de profiter de la part de son colégataire quand celui-ci ne la recueille pas.

La première condition pour que la question d'accroissement s'élève, c'est que les deux legs aient le même objet, que les léga-

(1) V. ci-dessus, sur l'art. 1009, n. 152 *bis*. I et V.

(2) V. Pothier, ch. VI, sect. III, § 3.

taires soient colégataires. Cette condition est pour ainsi dire sous-entendue dans la loi, parce qu'il est impossible de supposer aucun rapport entre deux légataires de choses différentes, et que d'ailleurs depuis le droit romain, où se trouvent les premiers principes de la matière, la question n'a jamais été posée sans qu'on supposât une même chose léguée. (V. § 8, *De legatis,* Instit. *si eadem res duobus legata sit.* V. aussi *Pothier*, ch. VI, sect. V, § 4.) Le texte même du Code Napoléon, sans être explicite, est au moins rédigé dans ce sens; car dans l'article 1044, bien qu'on suppose plusieurs légataires, le mot legs est toujours employé au singulier, ainsi que l'expression chose léguée, dans ce même article et dans l'article 1045.

197. Le Code admet l'accroissement entre colégataires lorsque le legs est fait *conjointement* (art. 1044, al. 1). Il le répute fait conjointement dans deux cas :

1° S'il est fait *par une seule et même disposition*, sans assignation de parts (art. 1044 *in fin.*);

2° Lorsqu'il a pour objet une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration; auquel cas, il n'importe que la chose ait été donnée à chacun *séparément,* pourvu que ce soit *par le même acte* (art. 1045).

Des termes de la loi, on semble autorisé à conclure *a contrario* les propositions suivantes :

1° L'accroissement n'aurait pas lieu, si le legs fait à plusieurs ne l'était pas *conjointement;*

2° Il ne serait pas, en général, réputé fait *conjointement* s'il n'était pas fait *par une seule et même disposition;*

3° Fût-il fait par une seule et même disposition, il ne serait pas encore réputé fait conjointement, si le testateur avait assigné les parts de chaque légataire;

4° Si la chose donnée *séparément* à plusieurs, par le même acte, est susceptible d'être divisée sans détérioration, le legs ne sera pas réputé fait conjointement; et par conséquent il n'y aura pas lieu à accroissement.

198. Si ces propositions sont vraies, il en résulte que, soit

dans la théorie même du droit d'accroissement, soit dans l'acception des mots qu'il emploie, le Code civil s'est entièrement éloigné des anciens principes puisés dans le droit romain.

Anciennement, en effet, quand une même chose était léguée à plusieurs, pour attribuer le tout à l'un à défaut de l'autre, on ne distinguait pas si le legs était fait *conjunctim* ou *disjunctim* (*Just.*, Inst., § 8, *De legat.*). Quant au sens de ces expressions, dont les mots *conjointement* et *séparément* sembleraient être la traduction : *conjunctim* signifiait que les légataires appelés à la même chose (*conjuncti re*), l'étaient par un seul et même membre de phrase, auquel cas, ils étaient conjoints *re et verbis; disjunctim* signifiait, au contraire, que les légataires étaient appelés par deux phrases distinctes; ils étaient alors *conjuncti re tantum* (v. *Just.*, Inst., *d.* § 8, *eod.*). Du reste, on comprend que l'assignation de parts entre légataires appelés par un seul et même membre de phrase, pouvait bien faire douter sur l'existence du droit d'accroissement faute de conjonction *re;* mais, comme il y a toujours au moins conjonction *verbis*, on n'aurait pas dit du legs, qu'il n'était pas fait conjointement.

D'un autre côté, quand la chose était léguée par deux dispositions différentes du même acte, *disjunctim*, on admettait bien alors, et sans aucune distinction sur la nature de la chose, l'accroissement, ou pour mieux dire, le *non-décroissement;* mais on n'eût pu, dans aucun cas, dire que le legs fût fait *conjunctim*.

198 *bis*. La législation romaine a subi des vicissitudes qui ont laissé dans les textes de Justinien des traces nombreuses, et qui n'ont pas peu contribué à embarrasser les principes de la matière.

Dans le premier état du droit romain, en effet, avant le règne d'Auguste, la question d'accroissement était indépendante de la conjonction ou de la disjonction, elle se rattachait à la forme du legs et à la nature du droit qu'il conférait au légataire; était-ce un legs de propriété (*per vindicationem*) ou un legs de créance (*per

damnationem) (1)? A cette époque on se contentait de donner aux mots *conjunctim* et *disjunctim* leur sens naturel, et on n'avait pas encore trouvé un intérêt à distinguer plusieurs espèces de conjoints.

L'intérêt de la distinction est né des lois Caducaires sous le règne d'Auguste. A cette époque, le droit d'accroissement a changé de nature, les parts caduques, attribuées au peuple, étaient accordées par préférence aux colégataires, à la condition qu'ils eussent des enfants et qu'ils fussent conjoints (2). La condition première imposée aux légataires, avoir des enfants, montre bien qu'il ne s'agissait plus alors de la théorie du droit d'accroissement fondée sur la volonté présumée, mais d'une législation arbitraire tendant à récompenser les *patres* et à frapper les *cœlibes* et les *orbi* (mariés sans enfants). La seconde condition, la conjonction des colégataires, à fait naître l'intérêt d'une étude sur les conjonctions, et de distinctions sur ce point (3). En multipliant les conjoints, et en admettant trois espèces de conjonctions, on supprimait véritablement les disjoints, puisqu'on arrivait à appeler *conjuncti re* ceux qu'on avait toujours appelés *disjuncti*. De là naissaient des difficultés inconnues jusque-là sur le point de savoir quels conjoints avaient droit à l'accroissement; on ne pouvait pas le refuser aux légataires désignés dans la même phrase, qui, de tout temps, étaient qualifiés *conjuncti*, et qu'on désignait alors sous le nom de *conjuncti re et verbis*. Mais on était forcé de dénier ce droit aux légataires inscrits dans deux phrases séparées, bien qu'on eût touvé moyen de leur donner la qualification de *conjuncti re tantum*. Ils étaient en réalité les anciens *disjuncti*. C'étaient eux que les lois caducaires avaient exclus, en donnant le droit de réclamer les parts caduque aux seuls conjoints, et la nécessité de se soumettre aux prescriptions impérieuses de la loi, triomphait de toute considération empruntée à l'intention du testateur.

Quant aux légataires de la troisième catégorie, ceux qui avaient reçu la même chose dans la même phrase, mais avec assignation de parts (*Conjuncti verbis tantum*), il n'y avait pas entre eux unité d'objet légué, en principe pur ils n'auraient jamais eu le droit d'accroissement; mais les jurisconsultes décidaient avec hési-

(1) V. Gaïus, Comm II, §§ 199 et 205.
(2) V. Gaïus, Comm. II, §§ 206-208.
(3) V. Paul fr. 142, *De verborum signif.* D.

tation, cependant, qu'ils seraient préférés au peuple et qu'ils profiteraient des parts caduques (1).

Justinien abrogea les lois caducaires et revint à l'ancien système qui ne distingue pas si les légataires sont conjoints ou disjoints (V. § 8, Instit., *De legatis*). Mais les textes du Digeste, empruntés à des jurisconsultes contemporains de la législation caducaire, ont malheureusement conservé de nombreuses traces des distinctions auxquelles cette législation avait donné naissance; et il a été, par suite, difficile aux anciens jurisconsultes français de distinguer nettement les différentes périodes du droit. Ils ont appliqué les principes de Justinien, tout en conservant les expressions qui étaient nées sous l'empire des lois caducaires. C'est ainsi que Pothier, après avoir expressément accordé l'accroissement aux *disjuncti,* leur donne dans le paragraphe suivant la qualification de *conjuncti re tantum* et les indique comme une deuxième classe de colégataires conjoints (2).

Les rédacteurs du Code Napoléon ont eu l'intention de simplifier, et ils ont obtenu ce résultat, d'abord en débarrassant la matière des expressions latines désignant les trois espèces de conjonction, puis en posant nettement le principe que l'accroissement est le résultat de la conjonction.

199. Quoi qu'il en soit, il est certain que le Code civil borne l'accroissement au cas où le legs est fait conjointement, et que par *legs fait conjointement*, il entend, en général, celui qui est fait à plusieurs, par une seule et même disposition. Maintenant, si par *une seule et même disposition,* il veut dire un seul et même membre de phrase, il en résultera que, sauf la restriction admise pour le cas d'assignation de parts, il accorde l'accroissement à la conjonction *verbis;* et que, sauf l'exception établie en raison de l'indivisibilité de la chose

(1) V. Paul fr. 89, *De legatis* 3° D., qu'il faut comprendre en faisant attention qu'il s'agit ici du droit de préférence accordé par les lois caducaires aux colégataires conjoints ayant des enfants, sur les héritiers ou légataires ayant des enfants et enfin sur le peuple. Ce qui explique les mots *præfertur*, *præferatur*, *esse potiorem*, dont la traduction libre serait : avoir le droit de revendiquer les parts caduques, ce qu'on appelle *lato sensu* le droit d'accroissement.

(2) Pothier, ch. VI, sect. v, § 4.

léguée, il refuse l'accroissement à la conjonction *re tantum*. En d'autres termes, d'après ce système, l'accroissement aurait lieu entre conjoints *re et verbis;* il n'aurait jamais lieu entre conjoints *verbis tantum*, et il n'aurait lieu entre conjoints *re tantum* que dans le cas où la chose qui leur est séparément léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration (V. art. 1044, 1045); et remarquez la bizarrerie de ce résultat à l'égard des conjoints *re tantum*, qui, appelés chacun par son titre à recueillir la chose entière, n'auraient pas, à proprement parler, besoin d'accroissement, pour conserver la totalité l'un à défaut de l'autre.

199 *bis*. I. Les conjoints *re tantum*, c'est-à-dire les légataires qui ont reçu la même chose dans des phrases séparées, étaient autrefois considérés comme ayant une vocation à la totalité de la chose léguée, bien supérieure à celle des conjoints *re et verbis* qui, rapprochés dans l'expression comme dans la pensée du testateur, ont reçu de lui une sorte d'assignation de parts tacite. C'est relativement à ces légataires qu'on a pu surtout dire avec Cujas : *Jus accrescendi non ideo introductum est ut plus legatarius habeat, quam testator dare voluit, sed ne minus habeat*. Aussi donnait-on souvent à leur droit le nom de *jus non decrescendi*.

Mais les rédacteurs du Code Napoléon, qui, d'une part, acceptaient la conjonction comme base de l'accroissement, et de l'autre dépouillaient les légataires qui nous occupent de leur titre de *conjuncti re tantum*, les ont privés de l'accroissement en qualité de disjoints. Il est de plus probable, que même s'ils ont accepté les dénominations usitées autrefois, ils ont considéré ces légataires comme moins conjoints que ceux qui l'étaient doublement *re et verbis*, et qu'enfin s'ils se sont préoccupés des textes du droit romain, ils ont pu se laisser séduire par une interprétation erronée de la loi 89 *De leg*. 3°, où ils ont trouvé que le conjoint *re et verbis cæteris præfertur*, et que le conjoint *re tantum non est potior*, ce qui semblait impliquer que ce dernier avait un droit moindre que le précédent au bénéfice de l'accroissement.

199 *bis*. II. Cette décision du Code Napoléon sur les disjoints est généralement critiquée. Mais il faut observer que, quand on fait reproche aux rédacteurs du Code d'avoir injustement sacrifié les

conjoints *re tantum*, c'est qu'on se place au point de vue des jurisconsultes romains et de l'ancien droit français, et qu'on ne se rend pas un compte assez exact du changement important que le Code Napoléon a fait subir à la matière. Ce changement est radical, en effet, car si on compare le Code au texte de Pothier, on voit dès l'abord (ch. VI, sect. v, § 3) l'accroissement accordé dans Pothier aux conjoints et aux disjoints, tandis que le Code Napoléon fait de la conjonction la première condition du droit d'accroissement. Cela suffit pour dénoter l'intention formelle de substituer une théorie nouvelle à la théorie ancienne.

La théorie romaine adoptée par les anciens jurisconsultes français, était-elle en effet entièrement irréprochable et satisfaisante pour la raison? D'abord en attribuant l'accroissement aux *disjuncti* (*conjuncti re*), elle partait de cette idée que le testateur avait voulu laisser la totalité à chaque légataire, et que, partant, ce légataire, au cas de caducité, gardait la totalité *jure non decrescendi*. Mais à moins de supposer que le testateur ignorait, quand il écrivait une ligne, ce qu'il avait écrit deux lignes plus haut, n'est-il pas évident que dans ce cas, comme dans le cas de conjonction *re et verbis*, le testateur a compris que chaque légataire aurait une part de la chose, et par conséquent lorsqu'on parle de droit de non-décroissement à l'égard de ces légataires, ne fait-on pas prédominer la lettre du testament sur la volonté indubitable du testateur?

Puis, en admettant même l'idée que nous venons de combattre, n'y a-t-il pas alors inconséquence à attribuer l'accroissement aux conjoints *re et verbis?* Car ceux-là, bien certainement, n'ont pas reçu une vocation au tout, le testateur n'a pas pu ignorer que le legs se partagerait entre eux, et il ne peut être question à leur égard de non-décroissement.

199 *bis*. III. Quelle a pu être la théorie substituée par le Code Napoléon à cette théorie ancienne? Si, comme nous venons de le faire, on se détache des idées anciennes sur le *jus non decrescendi*, et si on se demande quelle influence rationnelle la conjonction peut exercer sur l'accroissement, voici comment on peut expliquer la pensée des rédacteurs du Code. En principe, le legs caduc doit profiter à celui qui devait l'acquitter, à moins que le testateur n'ait modifié cette règle par une substitution vulgaire. Or la loi a pu considérer le rapprochement de deux légataires dans la pensée du

testateur, leur union dans l'expression de cette pensée, comme établissant entre eux une certaine relation et produisant une sorte de substitution vulgaire tacite, tandis qu'une relation semblable ne peut être signalée entre des légataires institués séparément, et entre lesquels cette séparation même rend impossible toute idée d'association. Et s'il est vrai, comme nous l'avons dit, que le testateur a dû comprendre qu'il donnait seulement à chaque légataire une vocation à la moitié de la chose, il est tout naturel que, légataire de la moitié dans la pensée du testateur, privé du bénéfice de la substitution tacite qui résulte de la conjonction, le disjoint n'ait aucun droit aux parts vacantes de ses colégataires.

Voilà la règle générale et sa raison d'être ; la loi y déroge quand la chose léguée est indivisible matériellement, à peu près comme elle déroge aux règles sur la division des créances quand l'objet dû est indivisible. L'indivisibilité matérielle de la chose doit nécessairement créer entre les légataires des relations, et dès lors il est plus difficile de croire que le testateur a voulu les traiter comme étrangers l'un à l'autre; l'association qui ne résulte pas des termes du testament, résulte ici et plus énergiquement de la nature de la chose, en sorte qu'on a pu encore les traiter comme des substitués vulgairement.

Si on interprète ainsi la pensée du législateur, on se soustrait à la nécessité de lui adresser un grave reproche ou de torturer les expressions de la loi pour les mettre en harmonie avec les idées préconçues qu'on emprunte au droit romain. En effet, les auteurs, en général, signalent comme une inconséquence l'attribution de l'accroissement aux conjoints et le refus de ce droit aux disjoints. M. Demante qualifie ce résultat de bizarre, et M. Duranton déclare que la décision de la loi ne se justifie par aucune raison plausible (t. IX, n. 510) (1).

199 *bis*. IV. Un savant professeur a voulu trouver dans les articles du Code la consécration des idées que les auteurs précités regrettent de voir méconnues ; mais il n'a obtenu ce résultat qu'en ajoutant au texte de la loi, et en changeant la signification d'expressions dont le sens est fixé depuis des siècles. D'après Proudhon (*Traité*

(1) V. aussi Zachariæ, Aubry et Rau, édit. 1844, t. 5, § 726, n. 32. — Delvincourt, t. 2, p. 93, n. 2.

de l'usufruit, n. 554-749), les colégataires disjoints jouissent d'un droit de non-décroissement antérieur et supérieur à la loi positive, effet immédiat de la disposition du testateur, et les articles 1044 et 1045 n'en ont pas parlé et n'avaient pas besoin d'en parler (n. 587 et 673). L'article 1044 consacre le droit des *conjuncti re et verbis*, appelés à la même chose dans la même phrase sans assignation de parts (n. 702 et 703). Quant à l'article 1045, il admet exceptionnellement à l'accroissement les légataires que l'article précédent excluait, les *conjuncti verbis tantum*, désignés dans la même phrase avec assignation de parts (n. 737).

199 *bis*. V. Ce système, séduisant pour ceux surtout qui regrettent la théorie ancienne sur les *disjuncti*, est repoussé par ceux-là mêmes qui adressent au législateur le reproche d'avoir méconnu les principes.

En effet, il part de cette idée que les rédacteurs du Code ont considéré comme inutile une disposition sur les *disjuncti*, conjecture très-hasardée en présence du droit romain et des anciens auteurs, qui s'expliquaient très-catégoriquement sur ce point.

En second lieu, le texte de l'article 1045 répugne à l'interprétation de Proudhon, et sa simple lecture démontre qu'il traite des *disjuncti*. D'abord le mot *séparément* est la traduction du mot *disjunctim ;* c'est celui que Pothier emploie quand il oppose les *disjuncti* aux *conjuncti*. Le traduire par *avec assignation de parts*, c'est lui donner un sens tout nouveau, quand rien dans la loi ne montre l'intention de changer la valeur d'une expression consacrée par un long usage. Le mot *séparément* n'est pas le seul, d'ailleurs, dont le sens naturel proteste contre l'interprétation de Proudhon ; cet auteur est obligé de comprendre les mots : *par un seul et même acte*, comme s'il y avait *par une seule et même disposition;* il s'agit, selon lui, d'un seul et même acte de volonté, d'une seule manifestation d'intention (n. 742). N'est-ce pas détourner le mot *acte* de son sens naturel ? A-t-on jamais appelé acte une disposition, une phrase du testament ? Le mot *acte* n'est-il pas, au contraire, le mot technique et usuel, à la fois, pour désigner le testament tout entier ?

199 *bis*. VI. Il ne reste plus qu'une observation pour compléter les idées sur les légataires auxquels appartient le droit d'accroissement. L'article 1044 refuse l'accroissement aux légataires qui ont reçu la même chose avec assignation de parts ; mais des doutes

sérieux s'élèvent sur ce qu'on doit entendre par une assignation de parts. Tout le monde s'accorde à reconnaître que si le testateur a dit : « Je lègue mon champ à Pierre et à Paul chacun pour moitié, » il y a une vocation divisée à la chose léguée, et qu'on se trouve exactement dans l'hypothèse prévue par le texte. Mais il n'en est pas de même quand, par la tournure de phrase, l'assignation de parts semble être plutôt faite pour régler le partage, en cas de concours, c'est-à-dire l'exécution probable du legs, que pour limiter l'institution elle-même, quand le testateur a ainsi rédigé sa disposition : « Je donne mon champ à Pierre et à Paul, pour par eux en jouir et disposer par parties égales. » On dit qu'en pareil cas le testateur a conféré, par la disposition première et principale, à chaque légataire une vocation intégrale ; que la seconde disposition n'est qu'accessoire, qu'elle règle l'hypothèse probable du partage, et qu'elle doit être regardée comme non avenue si cette hypothèse ne se réalise pas. Le grand vice de ce raisonnement, c'est qu'il attache des effets importants à l'ordre des mots dans la phrase, tandis que très-probablement on aurait écrit indifféremment l'une ou l'autre phrase. Dire qu'il y a loin de la formule : Je lègue mon champ à Pierre et à Paul chacun par moitié, à celle-ci : je lègue mon champ à Pierre et à Paul pour qu'ils se le partagent par moitié, n'est-ce pas s'occuper des mots plus qu'il n'est d'usage en droit français ? N'est-ce pas violer les règles sur l'interprétation des actes, qui imposent à l'interprète l'obligation d'accepter comme sens exact celui qui résulte de l'acte entier ? n'est-ce pas aussi interpréter une disposition dans le sens où elle est inutile plutôt que dans celui où elle aurait une valeur, puisque la désignation des parts est tout à fait insignifiante si elle n'a pas pour effet de proscrire le droit d'accroissement et si elle règle seulement un partage, qui se réglerait aussi bien d'après les principes généraux du droit.

Il faut donc s'en tenir au texte ; dès qu'il y a assignation de parts l'accroissement n'a pas lieu, la loi ne distingue pas comment est faite l'assignation, nous n'avons pas le droit de distinguer. Mais il faut reconnaître que la volonté du testateur est souveraine, et qu'elle pourrait, tout en assignant des parts, établir expressément le droit pour les légataires de profiter des parts les uns des autres (1).

(1) V. Proudhon, *Usufruit*, n. 709 ; mais en sens contraire, M. Duranton, IX, 505. — Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, 726, texte et notes. 29-30. C. cass.,

199 *bis*. VII. Quand on a déterminé le sens des articles 1044 et 1045, il est nécessaire d'examiner s'ils sont rédigés en vue de toute espèce de legs, si la règle qu'ils contiennent s'applique quel que soit l'objet légué. Des difficultés s'élèvent quant aux legs universels et aux legs d'usufruit.

En ce qui touche le legs universel, si on applique la disposition de nos articles, comme le patrimoine est facilement divisible, on dira que l'accroissement n'est possible qu'entre légataires institués dans la même phrase, en sorte que si le testateur a institué des légataires universels dans des phrases séparées, il n'a fait en réalité que des legs à titre universel.

On conteste ce résultat et on veut accorder l'accroissement aux légataires universels disjoints malgré l'article 1045, parce que, dit-on, l'expression légataire universel indique bien chez le testateur l'intention d'appeler celui qu'il gratifie à la totalité de son patrimoine, et que « dès lors ce legs attire à lui par l'énergie de l'universalité la part des défaillants (1). »

Mais parler de l'énergie de l'universalité, c'est traiter la question par la question, car si on refuse au légataire le droit d'accroissement, le prétendu legs universel n'est plus qu'un legs à titre universel mal qualifié, comme serait, par exemple, le legs ainsi conçu : J'institue Pierre mon légataire universel pour moitié. Invoquer l'intention du testateur, c'est faire revivre les anciennes idées sur le *jus non decrescendi*, et nous avons vu que le législateur n'en a pas tenu compte. Comme nous l'avons déjà dit, le testateur en écrivant deux fois dans le même testament qu'il léguait l'universalité, a du comprendre qu'il ne léguait chaque fois qu'une fraction de cette universalité, et, par conséquent, le législateur a pu comme lorsqu'il s'agit de legs particuliers, refuser à un légataire le droit de profiter de la fraction attribuée à l'autre, sauf l'effet d'une substitution vulgaire expresse ou de la substitution tacite qui, aux termes de nos articles, résulte de la conjonction.

Si on détruit la base du raisonnement qui admet à l'accroissement les prétendus légataires universels disjoints, il est presque inutile d'insister sur l'argument puissant tiré de la généralité des art. 1044

19 oct. 1808; C. cass., 18 décemb. 1832. Dev 1833-1-36; C. I., Douai, 22 janvier 1856, Dev. 1857-2-37.

(1) V. M. Troplong, n. 2188.

et 1045, qui, placés après des chapitres sur les différentes espèces de legs, doivent être considérés comme régissant tous les legs sans distinction. On essaye, il est vrai, de se soustraire à cet argument de texte, en prétendant que les jurisconsultes romains et Pothier ont toujours raisonné en vue de legs particuliers, et que les rédacteurs du Code Napoléon ont dû avoir la même pensée, démontrée du reste par l'emploi répété du mot chose, qui s'applique mieux, dit-on, à l'objet d'un legs particulier qu'à l'objet d'un legs universel; mais d'abord le mot chose s'applique aussi bien au patrimoine, objet incorporel du legs universel, qu'à l'objet matériel d'un legs particulier. Puis quant à la tradition du droit romain et de Pothier, il ne faut pas y attacher une grande importance. En droit romain, il s'agissait non pas de legs universel, mais d'institution d'héritier, et les principes étaient tout autres. Pothier raisonnant toujours d'après les textes du Digeste, a été naturellement entraîné à prendre pour exemple des legs particuliers, mais les règles qu'il donne n'ont rien d'exclusif. Il n'y a donc pas là une tradition suffisante pour autoriser une distinction en présence d'un texte général comme celui des articles 1044 et 1045 (1).

199 *bis*. VIII. Les articles s'appliquent aussi et sans distinction aux legs d'usufruit. On empruntait, il est vrai, autrefois aux textes du droit romain une règle particulière pour ce genre de legs; mais aujourd'hui cette règle n'a plus de raison d'être, et cela explique le silence du Code en présence des explications détaillées de Pothier sur ce point.

On trouve, en effet, dans Pothier (2) la règle suivante : après que tous les légataires d'usufruit ont concouru et partagé entre eux l'usufruit, le droit d'accroissement ne laisse pas encore d'avoir lieu, car à mesure que chacun des colégataires mourra, la portion qu'il avait dans l'usufruit accroîtra à ses colégataires, au lieu de s'éteindre et de se consolider avec la propriété. Pothier trouve cette décision et le motif sur lequel il l'appuie dans la loi 1, § 3, *De usufructu accrescendo*, D. Mais le motif donné par le jurisconsulte romain, *quia ususfructus quotidie constituitur et legatur*, est tout romain, rien ne nous autorise en droit français à considérer le legs d'usufruit comme la réunion de plusieurs legs sans cesse

(1) V. C. Turin, 13 août 1808.
(2) V. Pothier, ch. VI, sect. v, § 3.

renaissants. Le legs d'usufruit, comme tout autre, est ouvert au jour du décès du testateur; à cette époque les droits sont fixés, s'il existe plusieurs légataires il naît plusieurs droits d'usufruit distincts les uns des autres, et d'après les règles du titre de l'usufruit que rien ne contredit dans notre chapitre, puisqu'il ne peut plus être question de caducité quand les legs ont produit leur effet, l'extinction d'un de ces droits doit profiter au nu propriétaire et non à un autre.

On a cependant essayé de rajeunir cette doctrine en l'appuyant sur des arguments autres que ceux de Pothier. On est remonté au principe attribué au droit d'accroissement; les colégataires, a-t-on dit, sont appelés au tout; ils ne sont réduits à une fraction qu'à raison de l'impossibilité de donner plusieurs entiers à plusieurs légataires. Quand il s'agit d'un legs de propriété, cette impossibilité est perpétuelle: une fois les legs ouverts, le sort des légataires est définitivement fixé. Mais s'il s'agit d'un droit viager, l'impossibilité pour chaque légataire de recueillir le tout n'est pas perpétuelle, elle cesse par la mort de l'autre légataire, et alors la vocation au tout reprend toute sa puissance, et assure au survivant la totalité de l'usufruit.

Cette argumentation a pour base cette idée que le droit d'accroissement est un droit de non-décroissement. Nous avons démontré que ce n'était pas l'idée des rédacteurs du Code, puisqu'ils ont refusé l'accroissement aux disjoints qui invoquaient surtout autrefois le principe du non-décroissement; dans le système qui nous a paru être celui du Code Napoléon, tout se réduit à une question de substitution vulgaire tacite, résultant de la conjonction; or, l'effet d'une substitution vulgaire doit être réglé définitivement à l'ouverture du droit, et quand le premier légataire a recueilli, on ne peut pas, après sa mort, appeler celui qui lui avait été substitué, à moins d'un legs d'usufruit successif qui ne peut pas être présumé en l'absence d'une phrase formelle du testament.

199 *bis*. IX. Le texte des articles 1044 et 1045 a laissé dans l'ombre un certain nombre de points sur lesquels des doutes existaient dans l'ancien droit, et qu'il faut cependant traiter pour avoir des idées complètes sur l'accroissement. Ainsi tout n'est pas dit quant aux personnes qui jouissent de l'accroissement, quand on a établi que ce droit appartient aux légataires conjoints, et qu'on

a défini avec les articles 1044 et 1045 les colégataires conjoints. Il est important, de décider à quelle époque est requise la capacité du légataire, pour qu'il puisse profiter du droit d'accroissement.

On admet généralement que le légataire, qui a été capable de recueillir le legs, peut profiter de l'accroissement, quand même il serait devenu incapable avant la caducité de la disposition faite au profit d'un colégataire. Ainsi un légataire a survécu au testateur, mais il est mort avant la répudiation de son colégataire ; on admet alors que ses héritiers profiteront de l'accroissement, parce qu'ils ont trouvé dans la succession du légataire, avec sa part du legs, la chance de voir cette part s'accroître par des événements postérieurs. Ce n'est pas, dit-on, en vertu d'une nouvelle disposition que l'accroissement s'opère, c'est parce que le légataire avait été appelé au tout; et quand l'accroissement a lieu, ce légataire n'acquiert pas une seconde part; il conserve la sienne telle qu'elle lui a été donnée. Cette décision s'appuie sur l'autorité du droit romain, où l'on oppose le droit d'accroissement qui réunit les portions vacantes aux parts recueillies, et le droit résultant d'une substitution, qui ne peut profiter qu'au substitué personnellement, et à la condition qu'il soit capable lors de l'événement qui donne ouverture à la substitution (1).

Si le Code Napoléon avait reproduit la théorie ancienne sur l'accroissement, il faudrait admettre cette solution. Mais, nous l'avons dit, la théorie est toute nouvelle; en prenant pour base de l'accroissement la conjonction, le Code a rompu avec les traditions, et cette innovation doit entraîner des conséquences, quant aux questions accessoires dont la solution dépend du principe premier.

Nous avons repoussé le système qui trouve la base du droit d'accroissement dans un non-décroissement, et c'est encore en vertu de ce principe de non-décroissement, qu'on arriverait à considérer les différentes parts, comme toutes acquises au légataire, le jour du décès. En réalité le jour du décès, le légataire n'a rien pu acquérir, si ce n'est la fraction que lui a laissée le testateur en l'associant à d'autres légataires, ou les fractions des colégataires morts ou incapables à cette époque. Quant aux fractions sur les-

(1) V. *Papin. fr.* 23 *De Vulg. et pupill. substit. Marcianus fr.* 9, *De suis et legit. Julian. fr.* 26, § 1 *De condit. et demonst.* V. aussi Du Caurroy, t. 1er, n. 611.

quelles un colégataire avait des droits, il n'a pu acquérir qu'un droit éventuel, il n'en était légataire, dans la pensée du testateur, que sous la condition de la défaillance du colégataire. Il faut donc lui appliquer la règle sur les legs conditionnels (art. 1040), et exiger qu'il soit capable lors de l'événement de la condition. C'est la règle ancienne sur les substitués vulgairement, que nous devons appliquer aux colégataires conjoints, puisque nous voyons dans la conjonction, une sorte de substitution vulgaire tacite. Il faut d'autant moins hésiter à adopter cette solution, qu'elle est probablement conforme à l'intention du testateur. C'est le légataire qu'il a voulu gratifier et non pas l'héritier de celui-ci, et dans sa pensée, il est probable qu'il eût préféré à cet héritier, soit un troisième colégataire conjoint, s'il en existe, soit ses propres héritiers *ab intestat*.

199 *bis*. X. Jusqu'à présent nous avons supposé seulement deux colégataires conjoints; les règles sont les mêmes quand le legs est fait conjointement à un plus grand nombre de légataires, la part du défaillant se partage également entre les colégataires capables et acceptants. Cependant, s'il résultait des termes du testament, l'intention de diviser les légataires par groupes, de manière à faire entre quelques-uns, des substitutions vulgaires exclusives des autres légataires, il faudrait respecter l'intention du testateur, et faire profiter de la part vacante, les seuls légataires qui appartiendraient au même groupe, en un mot qui lui seraient plus spécialement substitués. Ainsi, quand le testateur aura institué *les enfants de son frère et ceux de sa sœur,* on pourra parfaitement interpréter sa volonté, en ce sens qu'il a voulu diviser par souches le bénéfice de son legs, en sorte que les enfants du frère profiteront seuls de l'incapacité de l'un d'entre eux, et les enfants de la sœur de la défaillance d'un enfant de la sœur. Il en serait de même si on avait dit : Je lègue mon domaine à Pierre et à Paul ainsi qu'à Jean et à François, on pourrait voir dans cette phrase l'intention de conjoindre plus étroitement Pierre à Paul, et Jean à François, que ces quatre légataires ensemble. Enfin, cette intention apparaîtrait, si le testateur avait d'abord institué deux légataires dans la même phrase et un troisième dans une phrase séparée, la chose étant indivisible (art. 1045), on pourrait facilement encore considérer les deux premiers légataires comme substitués l'un à l'autre

au détriment du troisième, qui n'aurait l'accroissement que si les deux premiers venaient à manquer.

199 *bis*. XI. Enfin le Code n'a pas déterminé à quelles charges serait assujetti le légataire qui profite de l'accroissement. Il peut arriver, en effet, que le testateur ait imposé une certaine charge à l'un des conjoints, et que la part de ce conjoint devenue caduque, il y ait lieu de se demander si la charge affecte encore la part entre les mains du colégataire qui profite de l'accroissement. *Exemple :* Je lègue ma maison à Pierre et à Paul, à la charge par Paul de payer 1,000 francs à mon créancier Jean. Le legs fait à Paul étant caduc, Pierre qui recueille tout l'objet légué, doit-il supporter la charge dont était grevé son colégataire?

En droit romain on faisait sur ce point une distinction, que plusieurs auteurs ont adoptée sous l'empire même du Code Napoléon, mais que nous croyons devoir rejeter. L'accroissement, dit-on, doit avoir lieu sans charges, d'après la loi unique au Code *de caducis tollendis,* dans le cas de conjonction *re tantum,* c'est-à-dire dans l'hypothèse de l'article 1045. Chaque légataire a reçu la totalité, et quand l'un d'eux garde tout l'objet légué, c'est en vertu de son propre droit plutôt qu'en vertu du droit de son colégataire; il ne doit donc pas être tenu des charges qui ne lui ont pas été directement imposées. Au contraire, quand la conjonction a lieu *re et verbis* (art. 1044), le testateur a rapproché les deux légataires, leur a en quelque sorte assigné des parts, et c'est par un bienfait de la loi que le légataire profite de la part de son conjoint, or ce bienfait peut avoir pour compensation matérielle l'assujettissement aux charges (1).

Cette distinction empruntée au droit de Justinien, était déjà l'objet de contestations sérieuses dans l'ancien droit français, Ricard et Pothier la rejetaient positivement, et il est probable que les rédacteurs du Code ont voulu consacrer l'opinion de Pothier, puisque l'autre doctrine tend à établir des distinctions entre des hypothèses que le Code assimile (art. 1044, 1045). C'est d'ailleurs à ce résultat qu'on est nécessairement conduit, si on réfléchit sur l'intention du testateur, et sur les conséquences de la théorie nouvelle de l'accroissement admise par le Code Napoléon.

L'intention du testateur, en effet, repousse le système de Justi-

(1) V. Du Caurroy, t. 1, n. 754-755.

nien, car il aurait pour conséquence dans une des hypothèses prévues, d'attribuer au légataire qui profite de l'accroissement, un legs plus considérable que les deux legs réunis. La succession *ab intestat*, ou plus généralement le débiteur de legs, ne doit pas être tenu d'une somme plus forte quand un des legs est caduc que si les deux legs recevaient leur effet, et c'est cependant ce qui arriverait si l'accroissement donnait jamais lieu à l'extinction de la charge.

Enfin, dans le système que nous avons établi sur les art. 1044 et 1045, la distinction de Justinien est théoriquement inadmissible. Elle repose sur la distinction du *jus non decrescendi* et du *jus accrescendi*. Nous avons montré le peu de fondement de cette distinction, nous avons vu que dans tous les cas le testateur avait prévu la division du legs, et qu'il n'avait fait autre chose qu'appeler les légataires éventuellement à défaut les uns des autres. On ne peut donc pas légitimer, par la volonté du testateur une différence, au point de vue des charges, entre le cas de l'article 1044 et celui de l'article 1045. Substitué vulgairement à son colégataire, le colégataire doit prendre entièrement la place de celui-ci, et ne peut pas avoir plus de droits que celui-ci n'en tenait de la volonté du testateur (1).

199 *bis*. XII. Il faut cependant faire des restrictions : la première est relative à la nature des charges. Si elles étaient essentiellement personnelles, comme celle d'embrasser telle profession, de faire tel acte de la profession du légataire, il est incontestable que la volonté du testateur n'avait pas été de transmettre ces charges au légataire qui profite de l'accroissement.

La seconde restriction a pour objet de protéger le légataire contre les conséquences de la doctrine qui lui impose les charges de la part caduque. On a toujours admis, même en droit romain, que dans le cas où l'accroissement avait lieu *cum onere*, il n'était pas forcé. Pothier insiste sur ce point, en décidant que l'accroissement aura toujours lieu avec charges. Nous devons d'autant moins hésiter à adopter cette opinion protectrice du légataire, que si l'accroissement a son germe dans une sorte de substitution, il est naturel que le substitué manifeste sa volonté d'accepter, postérieurement

(1) V. C. Turin, 26 août 1806, et sur les effets de la substitution vulgaire quant aux charges, Pothier, *Donat. testam.*, ch. V, sect. II, § 3.

à l'ouverture de la substitution, et qu'il ne soit pas lié par l'acceptation d'un premier legs, qui ne se confond pas avec celui-là.

§ III.

De la révocation encourue par le fait du légataire.

200. Les dispositions testamentaires deviennent, en général, irrévocables par la mort du testateur; mais ce principe n'étant fondé que sur une présomption de persévérance dans la même volonté, la loi a dû autoriser les juges à prononcer la révocation dans les cas où la conduite du légataire est telle, qu'elle eût fait encourir la déchéance, même d'un don entre-vifs. Cette règle s'applique au cas d'inexécution des conditions (art. 954) et aux deux premières causes de révocation pour ingratitude, savoir, l'attentat à la vie et les sévices, délits et injures graves (art. 955, 1° et 2°). Quant à la troisième cause de révocation, le refus d'aliments, elle ne pourrait évidemment être appliquée ici, puisque l'obligation d'en fournir n'a jamais existé pour le légataire. V. art. 1046.

201. La loi considère comme injure faite au testateur, celle qui serait faite à sa mémoire; il est, du reste, conforme aux principes de la matière, de borner à un an la durée de l'action. V. art. 1047.

201 *bis*. I. La loi s'est contentée de rappeler dans l'article 1046, les articles 955 et 956 sans plus de développement, parce qu'elle a entendu appliquer aux legs les mêmes principes qu'aux donations, l'identité des faits entraînant naturellement l'identité des règles. On doit, par conséquent, appliquer les règles précédemment exposées, quant aux personnes par qui peut être intentée l'action, et quant au délai dans lequel elle doit être intentée. Si on pensait, en effet, que la fixation de ce délai ne résulte pas de la combinaison de l'article 1046 avec l'article 957, il faudrait soumettre cette action à la règle générale sur la prescription, et lui donner une durée de trente ans. On ne tiendrait ainsi aucun compte de la possibilité d'un pardon émané du testateur, le silence de celui-

ci pendant longues années ne dénoterait pas une sorte de persévérance dans sa volonté de gratifier, tandis que le silence du donateur est ainsi interprété, et cependant le silence du testateur est plus significatif, puisque la révocation de son testament dépend d'un simple acte de sa volonté n'entraînant ni les frais ni les embarras d'un procès.

La volonté du législateur d'admettre ici la même règle qu'en matière de donation, résulte encore de l'article 1047. En fixant à une année le délai de l'action dans un cas sur lequel il statue particulièrement, il a bien démontré que telle était dans sa pensée la limite ordinaire de l'action. Quelle raison plausible, en effet, de limiter dans ce cas l'action à une année, si elle devait durer trente ans dans les autres hypothèses? L'injure à la mémoire est-elle moins coupable que les faits commis du vivant du testateur? On pourrait, il est vrai, se demander alors pourquoi l'article statue sur ce point, si c'est pour appliquer la règle générale. Mais il est facile de voir que l'article était indispensable, parce qu'il parle d'un fait commis après la mort du testateur, fait qui, par conséquent, ne rentrait pas dans ceux prévus par l'article 957.

201 *bis*. II. La solution que nous donnons sur la durée de l'action, au cas de sévices, délits ou injures graves, a soulevé quelques objections au sein du conseil d'État, et ces objections ont produit des hésitations dans la doctrine. La première partie de l'article 135 du projet (1047), statuait en effet sur le point de départ du délai d'un an, en cas de meurtre du défunt par le légataire, et cette portion de l'article fut retranchée, sur l'observation qu'un assassin ne devait pas jouir des dépouilles de sa victime. Ce rejet d'une partie de l'article 1047, a conduit des auteurs à repousser complétement ici l'application de l'article 957, et d'autres à le rejeter seulement au cas de meurtre. Il est difficile, cependant, de voir dans cet incident de la discussion, la preuve d'une intention en ce qui touche les sévices, délits proprement dits ou injures graves. Il n'en a pas été question, et si le projet d'article n'en parlait pas, ce n'était pas pour les soustraire à la règle de l'article 957; c'était au contraire parce qu'il était inutile d'en parler, tandis que sur le cas de meurtre il pouvait paraître utile de s'expliquer, attendu que, dans la plupart des cas, l'action se trouvait prendre naissance en la personne des héritiers. Quant à l'hypothèse

spéciale dont il a été question au conseil d'État, nous ne pensons pas que quelques paroles prononcées dans une discussion puissent suffire, en l'absence d'un texte, pour créer une règle exceptionnelle. Si d'ailleurs on regrette de voir le meurtrier conserver les dépouilles de sa victime, le danger n'est pas grand, car tant que l'action criminelle ne sera pas prescrite, et elle dure dix ans, les héritiers pourraient demander des dommages-intérêts, et il dépendra des tribunaux de fixer un chiffre égal au montant du legs recueilli par l'assassin.

201 *bis*. III. Si nous appliquons à la révocation des legs la règle de l'article 957, il faut l'appliquer dans toute son étendue, notamment en ce qui touche le point de départ du délai, seulement comme la question ne pourra jamais être soulevée que par les héritiers, ce point de départ sera, d'après la doctrine de M. Demante, non pas le jour où le délit a pu être connu, mais le jour où il a été commis (1). Nous voyons une application de cette idée dans l'article 1047.

201 *bis*. IV. L'énumération des causes de révocation des legs est nécessairement limitative, car il faut s'appuyer sur une disposition formelle de la loi pour anéantir les effets d'un acte régulier. On ne saurait, même en appliquant par analogie des dispositions de la loi, augmenter la liste des cas de révocation. Ainsi l'article 727 frappe comme indigne de succéder, l'héritier majeur qui instruit du meurtre du défunt ne l'a pas dénoncé à la justice. Il est impossible de faire rentrer ce fait dans ceux prévus par l'article 955, à moins d'y voir une injure grave à la mémoire, et encore faudrait-il pour cela faire un effort de raisonnement qui dépasserait les pouvoirs de l'interprète (2).

201 *bis*. V. On pourrait regretter davantage de ne pas trouver un article, appliquant aux testaments la disposition de l'article 960. La révocation pour survenance d'enfant se comprendrait aussi bien, quand il s'agit d'un legs, qu'en matière de donation entre-vifs. Mais le Code n'a pas été frappé de la nécessité d'intervenir en pareil cas, parce que grâce à la révocabilité des legs, le testateur auquel survient un enfant, peut détruire son testament par un acte de sa volonté. L'utilité de la règle n'eût pas été moins grande ce-

(1) V. ci-dessus, n. 100 *bis*. VI.

(2) V. cependant ci-dessus, n. 98 *bis*. VI.

pendant quand l'enfant est posthume, si le testateur surtout ignorait la grossesse de sa femme. Mais la loi renvoie trop formellement à deux des causes de révocation, en négligeant la troisième, pour qu'il soit permis d'appliquer ici l'article 960. La seule ressource de l'enfant sera d'invoquer les règles sur la quotité disponible, qui lui assureront au moins une moitié de la fortune paternelle (1).

CHAPITRE VI.

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SOEURS.

202. En prohibant, en général, les substitutions, le législateur a cependant accueilli la pieuse sollicitude d'un chef de famille, qui, craignant de voir ses petits-enfants ou neveux exposés à l'infortune, par l'inconduite ou les revers de leur père ou mère, veut leur assurer, en tout ou en partie, la transmission des biens par lui donnés à l'enfant, au frère ou à la sœur, de qui ils tiennent le jour. Tel est le but unique de la dérogation ici contenue à l'article 896.

202 *bis*. M. Demante a exposé sur l'article 896 les caractères distinctifs des substitutions fidéicommissaires, et l'historique de la législation sur ce point. (V. ci-dessus nos 6-14 *bis*. IV.)

203. Ces substitutions qui ne peuvent jamais porter que sur la quotité disponible, ne sont permises qu'à l'aïeul ou l'aïeule, l'oncle ou la tante des appelés; elles ne le sont aux oncles et tantes qu'autant qu'ils meurent sans enfants.

On n'en peut grever qu'un enfant, un frère ou une sœur donataire.

(1) V. C. R., Nîmes, 17 février 1840, Dev. 1840-2-97; C. R., Montpellier, 20 avril 1842, Dev. 1842-2-347.

On n'y peut appeler que les enfants du donataire, enfants nés et à naître, mais au premier degré seulement. V. art. 1048, 1049.

204. En outre, le sentiment de pieuse sollicitude que la loi veut seul favoriser, devant naturellement se répandre également sur tous les petits-fils ou neveux, le bénéfice de la restitution doit être commun à tous les enfants nés et à naître du donataire. V. art. 1050.

205. Des vues politiques d'un autre ordre avaient dicté la loi du 17 mai 1826, qui, sans déroger entièrement à la prohibition des substitutions, étendait à toute personne, en faveur des enfants de tout donataire ou légataire, le droit réservé par le Code à l'aïeul ou à l'oncle.

206. La charge de restitution, au surplus, ne pouvait toujours porter que sur tout ou partie de la quotité disponible; mais la loi ne distinguait pas si le disposant laissait ou non des enfants.

207. La charge ne pouvait non plus s'appliquer à d'autres qu'aux enfants nés ou à naître du donataire; mais le but principal de la loi étant d'arrêter la division toujours croissante des propriétés, elle permettait au disposant d'appeler, à son choix, un ou plusieurs desdits enfants, et d'étendre la charge de rendre jusqu'au deuxième degré.

208. Ces degrés s'entendaient de deux degrés de substitués. Ainsi on tenait autrefois que les degrés devaient se compter par têtes, et non par souches ou générations. Il résultait de ce principe que plusieurs générations pouvaient ne former qu'un seul degré de substitution, comme aussi il pouvait arriver à l'inverse qu'une seule génération formât plusieurs degrés. V. ordonnance de 1747, art. 33 et 34.

209. Sous ces modifications, les règles contenues au chapitre VI restaient applicables aux substitutions autorisées par la loi de 1826, qui renvoyait pour leur exécution aux articles 1051-1074. V. ladite loi, article unique.

209 *bis*. I. La loi de 1826 avait eu pour but principal de créer

une aristocratie, en reconstituant les grandes fortunes, par leur concentration sur la tête d'un seul, pendant trois générations. Elle avait résisté à la révolution de 1830, et au vote de la loi de 1835 sur les majorats. Mais elle ne pouvait survivre à la révolution de 1848. Elle a purement et simplement été abrogée par la loi du 11 mai 1849, et les biens grevés de substitution, conformément à ses dispositions, ont été déclarés libres; cependant, par respect pour le principe de la non-rétroactivité des lois, et pour ne pas porter atteinte aux droits acquis, on a maintenu les substitutions existantes en vertu de la loi de 1826, quand les appelés étaient déjà nés ou conçus (V. loi du 11 mai 1849, art. 8 et 9).

209 *bis*. II. C'est donc aujourd'hui le Code Napoléon qui est la législation en vigueur; il faut, par conséquent, se rendre compte de l'esprit dans lequel il a été rédigé, et reprendre en détail les différentes conditions auxquelles il subordonne la validité des substitutions exceptionnellement permises.

Le but du Code Napoléon est tout autre que celui de la loi de 1826. Il s'agit uniquement d'autoriser un chef de famille à assurer l'avenir de ses petits-enfants ou de ses neveux, contre les prodigalités de leur père et de leur mère.

Mais, avant tout, il faut que les dispositions protectrices de la loi ne servent point à reconstituer, entre les enfants d'un même père, des priviléges de primogéniture.

Avec ces deux idées, il est facile d'apprécier les conditions auxquelles la loi soumet les substitutions permises.

209 *bis*. III. 1° L'auteur de la disposition doit être le père, la mère, le frère ou la sœur sans enfants, du donataire grevé de substitution. Ces qualités peuvent seules justifier la sollicitude à laquelle la loi a consenti à venir en aide. C'est en pareil cas seulement qu'on peut comprendre cette tendresse collective pour le grevé et pour l'appelé, qui ne permet pas de faire un choix entre eux, et de sacrifier l'un à l'autre, en faisant la donation à l'un d'eux au détriment de l'autre. Il s'agit, d'ailleurs, dans bien des cas, de déroger à une des règles principales sur la capacité de recevoir, il s'agit de gratifier des enfants à naître, et cela suffit pour que la loi ait restreint la faculté de faire ces libéralités exceptionnelles.

Les expressions du Code sont, sur ce point, très-positives et ne

permettent pas, malgré l'analogie apparente de position, d'étendre aux aïeuls et aïeules le droit conféré aux pères et mères. Les aïeuls et aïeules peuvent bien faire une substitution au profit de leurs petits-enfants et à la charge de leurs enfants; c'est l'hypothèse de l'article 1048, mais ils ne peuvent grever leurs petits-enfants au profit de leurs arrière-petits-enfants. Malgré l'extension possible du mot enfants, qui signifie quelquefois descendants, les mots pères et mères qui sont les expressions principales de l'article, sont trop formels, pour qu'on soit autorisé à y comprendre les aïeuls et aïeules. Certes la sollicitude de l'aïeul peut être aussi éclairée, aussi digne de protection que celle du père, plus digne que celle du frère, mais il y a une raison économique qui n'a pas été sans influence sur le législateur. Les substitutions nuisent à la circulation des biens, elles les frappent en quelque sorte d'inaliénabilité; or, si la loi accepte cet inconvénient pendant une génération, pendant la vie du fils ou du frère du disposant, elle l'a redouté quand cette inaliénabilité devait durer pendant deux générations, c'est-à-dire pendant la vie d'un petit-fils qui, dans l'ordre naturel des choses, doit survivre au disposant, bien plus longtemps que n'eût survécu un fils. Tel est certainement le motif qui a fait rejeter par le conseil d'État la proposition du tribunat tendant à ajouter à l'article les mots descendants et ascendants, et qui doit encourager les jurisconsultes dans l'interprétation littérale de l'article 1048 (1).

209 *bis*. IV. Quand le disposant n'est que le frère ou la sœur du grevé, la substitution n'est valable que s'il décède sans enfants. S'il a lui-même des enfants, c'est à eux qu'il doit toute sa sollicitude, et la loi n'a pas voulu encourager des dispositions, qui dépouilleraient des héritiers directs aux profit des collatéraux.

Mais c'est l'époque de la mort qu'il faut envisager, sans tenir compte des enfants que le testateur a pu avoir de son vivant, à moins qu'il ne s'agisse de faire révoquer la donation en vertu de l'article 960, à raison de la naissance d'un enfant survenu depuis la donation, quand bien même cet enfant serait décédé avant son père. Ce ne seraient plus alors les principes des substitutions ni l'article 1049 qui seraient en jeu, mais les règles générales sur les donations et l'article 960.

(1) V. C. Paris, 23 août 1850, Dev. 1850-2-611.

Comme c'est surtout aux intérêts de la famille légitime que la loi a voulu veiller, comme jusqu'à un certain point elle préfère, dans l'ordre des successions, les frères et les neveux aux enfants naturels, il ne faudrait pas voir un obstacle à la substitution dans l'existence d'un enfant naturel. Le mot enfant s'entend ordinairement dans le Code des enfants légitimes, et en ce qui touche les substitutions, la condition de mourir sans enfants est traduite en ce sens par l'article 23, tit. 1er, de l'ordonnance de 1747, qui a fourni, comme nous le verrons, tant de dispositions au Code Napoléon.

209 *bis*. V. 2° Il faut que la substitution profite à tous les enfants nés ou à naître du grevé (art. 1048, 1050).

En expliquant plus haut quelle qualité doit avoir le disposant, comment il doit réunir dans la même affection le grevé et les appelés, nous avons montré pourquoi les appelés doivent être nécessairement les enfants du grevé. Quant à la condition contenue dans l'article 1050, celle d'appeler tous les enfants sans exception, elle s'explique par l'intention clairement manifestée des rédacteurs du Code, de ne rien autoriser qui pût même indirectement favoriser le retour aux priviléges de l'aînesse, et on aurait obtenu ce résultat, si on avait pu désigner un des petits-enfants, pour profiter seul du bénéfice de la substitution.

209 *bis*. VI. 3° La substitution ne peut avoir lieu, même au profit des enfants nés et à naître du grevé, *qu'au premier degré seulement* (art. 1048-1049).

Ces expressions ont un double sens : elles signifient d'abord que les appelés doivent être enfants et non pas petits-enfants du grevé. C'est le sens naturel des mots au premier degré, rapprochés de ceux-ci, les enfants à naître, et cette signification leur est confirmée par la rubrique du chapitre, qui désigne les appelés sous le nom de petits-enfants du donateur ou d'enfants de ses frères et sœurs; la loi, par conséquent, n'autorise pas la vocation des descendants quelconques du grevé, alors même que les enfants de celui-ci étant morts, les petits-enfants se trouveraient être non pas au premier degré, mais au degré le plus proche. On s'explique, du reste, parfaitement la raison de cette règle restrictive; quand les appelés appartiennent à une génération plus jeune, il y a plus de chances qu'ils survivent au grevé, et par conséquent la condition résolu-

toire du droit de celui-ci a plus de chances de se réaliser, et la loi n'a pas voulu multiplier les chances de réalisation d'une condition qui doit résoudre un droit de propriété (1).

Secondement les mots au *premier degré seulement,* que nous trouvons dans les articles 1048 et 1049, ont pour objet de prohiber ce qu'on appelait autrefois les substitutions graduelles, en interdisant toute disposition qui établirait deux degrés de restitution, et ferait le premier appelé, grevé à son tour au profit d'une troisième personne. Ces substitutions prolongent l'incertitude sur la propriété, et présentent à un très-haut degré les inconvénients que la loi a redoutés en matière de substitution.

210. Le Code, qui n'admet la substitution qu'au profit des enfants au premier degré du donataire, mais qui veut expressément qu'elle leur soit commune à tous, ne permet pas que le prédécès d'un ou de plusieurs d'entre eux concentre le profit de la substitution dans les branches survivantes, à l'exclusion de la postérité des décédés. C'est pour cela qu'il admet la représentation (V., au contraire, ord. de 1747, titre 1, art. 20 et 21). Il n'est pas bien certain qu'il admette également la représentation en faveur des enfants des appelés du premier degré tous prédécédés. V. art. 1051.

210 *bis*. I. La législation ancienne sur les substitutions était dominée par des idées tout autres que celles qui ont inspiré le Code Napoléon. Autant on considère aujourd'hui comme important de maintenir l'égalité entre les membres d'une même famille, et de diviser entre eux le bien substitué, autant autrefois on favorisait volontiers la concentration sur la même tête du bien substitué, et l'attribution inégale du bénéfice de la substitution. Ainsi, l'ordonnance de 1747 (art. 21, t. 1) prohibait en général la représentation dans les substitutions.

De cette prohibition découlaient deux conséquences : l'une tout à fait contraire à l'esprit du Code civil, et que repousse l'article 1051, et l'autre, qui, par des considérations étrangères au législateur de 1747, doit être aujourd'hui acceptée, comme tout à fait conforme à l'esprit de la législation moderne. La représen-

(1) V. C. cass., 29 juin 1853, Dev. 1853-1-520.

tation, en effet, peut avoir lieu entre successeurs placés par rapport au défunt, soit à des degrés égaux, soit à des degrés inégaux. Ce dernier cas seulement est prévu par l'article 1051. Si le grevé laisse un fils et des descendants nés d'un autre fils prédécédé, repousser en pareil cas la représentation, c'est assurer un avantage au fils survivant, détruire l'égalité entre les branches de la même famille; et, si le Code Napoléon avait consacré ce résultat, il eût évidemment sacrifié au principe qui ne permet pas d'appeler des petits-enfants du grevé, un principe bien plus important encore, puisqu'il touche l'organisation de la famille, le principe de l'égalité que protége l'article 1050. Dans l'ancien droit, au contraire, où les questions d'égalité avaient beaucoup moins d'importance, on arrivait, en prohibant en pareil cas la représentation, à concentrer le bénéfice de la substitution sur la tête de l'appelé survivant, et à créer ainsi la grande propriété.

210 *bis*. II. Si maintenant on suppose que les descendants du grevé sont, par rapport à lui, à des degrés égaux sans être ses enfants, l'interdiction du droit de représenter, produit comme conséquence l'extinction de la substitution, puisqu'il n'y a pas d'appelés au premier degré; les biens sont censés avoir été la propriété incommutable du grevé, et s'ils sont recueillis par ses petits-enfants, ce ne peut être qu'à titre de succession. Nous avons vu pourquoi la loi ne permet pas d'appeler les petits-enfants du grevé, les raisons qui ont dicté cette règle, s'opposent également à l'admission du principe de représentation; si les petits-enfants pouvaient venir à un titre quelconque, la condition résolutoire du droit du grevé aurait plus de chances de se réaliser, puisqu'elle consisterait dans la survie de personnes nécessairement jeunes, et comme cette raison a fait interdire la vocation directe des petits enfants, elle a dû également entraîner l'interdiction de la représentation. Cette interdiction, du reste, résulte clairement et de la tradition du droit ancien, et du texte de l'article 1051, qui n'admet la représentation que dans un cas exceptionnel, par des raisons spéciales, et parce que la condition à laquelle elle est alors subordonnée, la survie d'un des enfants du premier degré, écarte l'objection tirée de l'intérêt du crédit public, puisque la substitution devrait toujours produire son effet au profit de l'enfant survivant.

211. La charge de rendre, détruisant en partie l'effet de la

donation faite à celui qui en est grevé, ne peut en général être imposée après coup; elle ne pourrait certainement pas l'être par la seule volonté du donateur, qui ne s'est réservé aucun droit sur la chose donnée; elle ne le pourrait même pas par une convention principale passée entre le donateur et le donataire; car ce serait une stipulation au profit de tiers (v. article 1119). Mais elle peut être établie comme condition d'une nouvelle libéralité (v. art. 1121); auquel cas, le donataire, qui s'y serait volontairement soumis par son acceptation, ne pourrait, par une renonciation postérieure, s'en affranchir. V. art. 1052.

211 *bis*. I. Nous avons supposé, jusqu'à présent, avec les articles 1048 et 1049, que la charge de restitution avait été imposée au donataire, dans l'acte même qui contient la libéralité faite à son profit. Il s'agit, dans l'article 1052, de déterminer si on peut faire ce qu'on appelait autrefois une substitution *ex intervallo,* à quelles conditions une charge de restitution peut être imposée à une donation, postérieurement à sa perfection.

Il faut d'abord remarquer que s'il s'agit de dispositions testamentaires, il n'y aura pas de difficulté. Tant que le disposant n'est pas mort, il peut modifier et même révoquer ses précédentes volontés, et par conséquent, soumettre à une charge une libéralité qui, dans le principe, était pure et simple.

Il s'agit donc uniquement d'une donation entre-vifs : faite sans charge de restitution, elle ne peut pas être postérieurement grevée de cette charge (V. art. 13, t. Ier, ordonn. 1747), quand même le donateur aurait, dans l'acte primitif, réservé le droit d'imposer cette charge. Cette retenue créerait en faveur du donateur le droit de révoquer en partie sa libéralité; elle violerait, par conséquent, la règle : donner et retenir ne vaut; elle annulerait dès lors la donation pour toute la portion de la libéralité qui serait révocable; c'est-à-dire que le donataire devrait être considéré comme propriétaire sous la condition résolutoire *s'il laisse des enfants,* en sorte que, s'il mourait sans enfants, il serait réputé avoir toujours été propriétaire, puisque le donateur n'aurait pas pu, même en créant une substitution, anéantir en pareil cas son droit. Mais s'il lais-

sait des enfants, sa propriété serait résolue et le donateur serait censé n'avoir jamais perdu sa propriété. (V. art. 15, t. Ier, ord. 1747.)

211 *bis*. II. Quand on ne suppose pas une réserve faite dans l'acte de donation, on ne peut pas même avoir l'idée d'accorder au donateur irrévocablement dépouillé, le droit de créer une charge sur la chose donnée, sans le consentement du donataire; mais il y a lieu d'examiner si cette charge peut être créée par un accord entre le donateur et le donataire? C'est l'hypothèse de l'article 1052, ou pour mieux dire l'article 1052 traite d'un cas dans lequel cette convention est licite; en principe, le donateur et le donataire ne pourraient pas, par une convention, grever le bien anciennement donné, de la charge de restitution; pas plus qu'un propriétaire ne pourrait, par une convention avec une autre personne, grever son bien d'une pareille charge; la circonstance que le co-contractant est l'ancien propriétaire qui a donné ce bien, ne peut pas rendre valable une convention qui déroge aux principes les plus formels du droit. En effet, non-seulement il s'agirait ici de stipuler pour une personne étrangère à la convention, mais encore de créer un droit en faveur de personnes qui ne sont peut-être pas encore conçues (les enfants nés et à naître), et qui, par conséquent, indépendamment même de l'article 1119, ne peuvent acquérir aucun droit. Si la loi a très-exceptionnellement autorisé l'établissement d'une charge au profit de ces personnes à naître, elle a déterminé dans quels cas cela est possible (1048 et 1049), et il n'est pas permis, en pareille matière, de raisonner sans s'appuyer sur un texte formel.

Ce n'est donc pas seulement l'article 1119 qui s'oppose à la création d'une substitution par une convention entre un propriétaire et celui qui lui a donné le bien qu'il s'agirait de grever; et par conséquent on s'égarerait si on cherchait à appliquer ici dans son entier l'article 1121, qui contient deux exceptions à l'article 1119. On peut, en général, stipuler pour autrui quand telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, mais on ne pourrait pas, même dans un contrat à titre onéreux entre un donateur et un donataire, grever le donataire de substitution, parce que ce serait non-seulement stipuler pour autrui, mais créer un droit au profit de personnes non conçues. La loi n'a admis qu'une exception à sa règle; exception qui se rapproche du second cas prévu par l'ar-

ticle 1121, la charge de rendre peut être imposée comme condition d'une seconde libéralité testamentaire ou entre-vifs; en ce cas, soit que le disposant ait grevé ou non les biens donnés par le deuxième acte, ceux compris dans la première donation deviennent biens substitués, et il ne dépend plus des parties de leur faire perdre ce caractère. Quelle que soit, en effet, l'opinion qu'on adopte sur l'obligation du donataire à exécuter les charges de la donation, le donataire, dans tous les cas, ne peut pas se soustraire à la charge imposée par la seconde donation, même en l'abandonnant, parce qu'elle a donné naissance à un droit en faveur de tiers. Il faut même remarquer que, par une nouvelle dérogation aux principes généraux, bien que les tiers au profit desquels est stipulée la charge, les appelés, n'aient pas déclaré vouloir en profiter, cependant un accord même entre le donateur et le donataire ne pourrait pas détruire le droit que leur volonté avait fait naître (nonobstant l'article 1121); c'est la conséquence de cette règle qui permet de créer un droit au profit de personnes non conçues et au nom desquelles il est, par suite, impossible de formuler une acceptation. (V. ordonn. 1747, t. Ier, art. 11-12.)

Quand la substitution est ainsi établie par deux actes de donation, il va de soi qu'elle produit ses effets non pas à partir du premier de ces actes, mais à partir du second, ou pour parler plus exactement, de la perfection de la seconde libéralité, c'est-à-dire de l'acceptation. Ainsi, les droits conférés à des tiers par le donataire, avant l'acceptation de la seconde libéralité, seraient valablement conférés, indépendamment même des règles sur la publicité, qui seront indiquées plus tard. (V. art. 17, t. Ier, ordonn. 1747.)

211 *bis*. III. Nous venons de dire que le donateur et le donataire ne pourraient pas détruire le droit des appelés, il faut ajouter que les appelés eux-mêmes seraient impuissants à détruire, en ce qui les concerne, l'effet de la substitution avant son ouverture. Il faut d'abord remarquer que la renonciation des appelés vivants, alors même qu'on lui attribuerait un certain effet, ne pourrait pas rendre les biens libres, puisqu'il pourra toujours survenir de nouveaux appelés, les enfants à naître; mais on doit aller plus loin et reconnaître que la renonciation n'a pas d'effet, même à l'égard des renonçants. L'ordonnance de 1747 autorisait cependant ces renonciations (art. 27, t. Ier); mais notre Code ne reproduit pas cette

disposition, et elles se trouvent dès lors prohibées par l'article 1130 et l'article 791. On peut voir, au reste, dans les changements qu'a subis la matière des substitutions, la raison d'un changement quant au point qui nous occupe ; en effet, l'ordonnance n'a pas voulu traiter le droit des appelés comme un droit à une succession future, parce qu'elle n'exigeait pas qu'il existàt aucune relation de famille entre le grevé et l'appelé ; mais aujourd'hui que l'appelé est nécessairement l'enfant du grevé, que le grevé est l'enfant ou le frère du disposant, peut-on voir dans la substitution autre chose qu'un moyen d'assurer aux petits-enfants ou aux neveux la succession de leur aïeul ou de leur oncle? Dès lors, ne doit-on pas appliquer l'article 1130 aux conventions qui auraient pour objet le droit non échu des appelés. Autoriser l'appelé à renoncer du vivant du grevé, ou à céder ses droits à un tiers, ne serait-ce pas valider des actes directement contraires à l'intention du disposant, puisque ce serait fournir à l'appelé le moyen de dissiper, avant le terme fixé par la nature, le patrimoine de sa famille? Ne pourrait-on pas craindre l'abus des influences qui rendent suspecte la renonciation aux successions non ouvertes, quand le grevé, c'est-à-dire le père, aurait un intérêt bien plus grand à obtenir cette renonciation qu'une renonciation à une succession ordinaire? Enfin, si en 1747 on a pu favoriser cet acte qui affranchissait des biens grevés en les rendant aliénables, tel n'a pu être le mobile des rédacteurs du Code, puisque dans notre droit, la venue d'un nouvel appelé, enfant à naître, est toujours possible, et que dès lors la renonciation de tous les appelés vivants n'assure pas au grevé une propriété incommutable.

212. L'époque de l'ouverture de la substitution est, en général, celle de la mort du grevé. Mais les droits de celui-ci pouvant cesser auparavant, notamment par abdication volontaire, ou dans le cas de l'article 1057, le Code déclare alors le droit des appelés *ouvert*, sauf les droits des créanciers en cas d'abandon. V. art. 1053; et remarquez, 1° que les créanciers semblent n'avoir pas même besoin d'agir en vertu de l'article 1167, pour faire annuler l'acte d'abandon (voy. ord. de 1747, titre 1, art. 42); 2° que la décision relative aux créanciers s'applique, à plus forte raison, aux tiers acquéreurs (*ibid.*, art. 43).

212 *bis*. I. La loi n'a pas énuméré les événements qui peuvent ouvrir les droits des appelés en mettant fin à ceux du grevé. Le plus ordinaire, c'est la mort du grevé : c'est l'époque naturelle et normale de la restitution; mais il faut citer en outre :

La déchéance encourue en vertu de l'article 1057;

La renonciation du grevé à ses droits;

La révocation de la donation pour inexécution des conditions ou pour ingratitude; la révocation du legs pour inexécution des conditions ou pour injure grave à la mémoire du testateur (1). Mais ceci demande une explication : il peut sembler, en effet, étrange de faire profiter les appelés de l'ingratitude du donataire ou légataire, ou de son infidélité à remplir les conditions imposées à la libéralité, il semble que c'est au profit du donateur ou des héritiers du testateur que devrait être prononcée la révocation, en sorte qu'ils reprendraient l'objet donné, sauf à le tenir comme le grevé le tenait, avec charge de le conserver et de le rendre aux appelés à la mort du grevé. Mais cette solution consacrerait un résultat évidemment contraire à l'esprit de la législation, car le donateur ou l'héritier du testateur, l'héritier même du donateur si celui-ci meurt après avoir demandé la révocation, deviendrait un véritable grevé de substitution par rapport aux appelés, et il n'existerait pas entre eux les rapports de père à fils, qui sont, d'après le Code Napoléon, nécessaires entre un grevé et un appelé. Cette solution ne serait pas moins contraire au texte de l'article 1053, qui déclare ouverts les droits des appelés dès que cessent, pour une cause quelconque, les droits du grevé. Enfin elle n'est pas exigée par les principes sur la révocation des donations et des legs. En effet, l'action en révocation pour ingratitude n'a pas directement pour but un avantage pécuniaire qui doive nécessairement profiter au donateur, elle a surtout un but de répression morale; elle doit empêcher un donataire de conserver une libéralité dont il s'est montré indigne : ce but n'est atteint d'ordinaire que par la restitution des biens au donateur; mais comme dans notre espèce il peut être atteint autrement, il n'y a pas nécessité de faire violence au texte et à l'esprit de la législation sur les substitutions.

(1) La révocation dans l'autre cas prévu par l'art. 1046 est fondée sur des faits antérieurs au décès, qui vicient dans son principe le droit du grevé. — L'hypothèse se rapproche de celle de la répudiation. V. ci-dessous, IX-X.

Si nous parlons de la révocation pour inexécution des conditions, le fondement de la doctrine est encore plus sûr, car lorsque les appelés offriront d'exécuter la charge, on ne conçoit pas quel intérêt légitime le donateur aurait à refuser cette exécution. Or, il est clair qu'on doit supposer, pour poser la question, que les appelés offrent d'exécuter la charge, sinon la donation ou le legs devraient être révoqués aussi bien contre eux que contre le grevé; car il est évident que la charge imposée à la libéralité doit frapper la donation entre leurs mains aussi bien qu'entre celles du grevé : le donateur ne peut pas souffrir de ce que sa donation, au lieu de rester sur la tête du premier donataire, passe sur la tête du second.

212 *bis*. II. Il ne faut pas comprendre parmi les cas d'ouverture des substitutions :

1° *La survenance d'enfant*. En pareil cas, les deux donations sont révoquées, aussi bien celle faite aux appelés que celle qui avait été faite au grevé. Toute la disposition est anéantie, et ce n'est pas, par conséquent, un cas d'ouverture de la substitution.

2° *L'arrivée du terme ou de la condition auxquels le disposant aurait subordonné le droit du grevé*. La restitution doit avoir lieu à la mort du grevé, et le disposant ne pourrait pas, en créant la substitution, fixer une autre époque. On a pu admettre cette disposition sous l'empire de la loi de 1826, mais aujourd'hui le donateur violerait la règle de l'article 1050. Car elle aurait pour effet d'exclure les enfants à naître après l'époque ou l'événement déterminés, et jusqu'à la mort du grevé. Il est vrai qu'un donateur ou testateur pourrait bien faire une libéralité sous condition résolutoire, et une autre sous condition suspensive au profit des enfants du donataire ou légataire. Mais ce ne serait pas là une substitution, et le disposant ne pourrait en tout cas gratifier que des enfants déjà conçus au jour de la donation ou du décès du testateur, tandis qu'un des priviléges des substitutions est de permettre des avantages au profit de personnes non encore conçues.

3° *L'abus de jouissance*. On ne peut appliquer au grevé de substitution la pénalité édictée au titre de l'usufruit (art. 618) contre l'usufruitier qui commet des dégradations sur le fonds soumis au droit d'usufruit, ou le laisse dépérir faute d'entretien. Certes il existe une grande analogie, en fait, entre le grevé et l'usufruitier; mais en droit leurs positions sont tout à fait différentes. L'un est

propriétaire sous condition résolutoire; il peut espérer que la propriété se fixera définitivement et incommutablement sur sa tête; l'autre ne peut jamais devenir propriétaire. Il est naturel, par conséquent, que la loi réprime plus sévèrement les prévarications de l'usufruitier que celles du grevé. Et quand les positions seraient identiques, il ne serait pas permis d'étendre par analogie une disposition pénale, de prononcer sans un texte formel une expropriation. La loi, du reste, a pris des précautions pour assurer la conservation des droits des appelés. Elle exige notamment la nomination d'un tuteur à la restitution, et à la diligence de ce tuteur il sera pris des mesures protectrices : le grevé sera condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu, et les biens pourront être confiés à un séquestre, mais le grevé ne sera pas privé des revenus; comme le serait l'usufruitier en vertu de l'article 618.

212 *bis*. III. Les événements que nous avons énumérés mettent fin aux droits du grevé, mais tous n'ont pas le même effet quant à l'ouverture du droit des appelés.

S'il s'agit, en effet, de la mort du grevé, on peut appliquer l'article à la lettre; le droit des appelés s'ouvre; s'il n'existe pas d'appelés conçus, la substitution s'évanouit, et le grevé est réputé avoir toujours été propriétaire; s'il existe, au contraire, des appelés, le bénéfice de la substitution se répartit entre eux, et leur droit n'est plus soumis à aucune éventualité.

Mais quand on suppose qu'un événement non prévu par le donateur ou testateur met fin prématurément aux droits du grevé, si celui-ci renonce, s'il est déchu, s'il est privé de la libéralité pour ingratitude ou inexécution des conditions, il est impossible alors d'appliquer à la lettre l'article 1053, sous peine de se mettre à la fois en contradiction avec l'intention du disposant et la volonté formelle du législateur.

L'article, en effet, déclare que les droits des appelés sont ouverts. Mais s'il n'existe pas d'appelés, attribuera-t-on à ce fait la même influence que s'il se produisait lors de l'ouverture naturelle de la substitution, c'est-à-dire à la mort du grevé. Les droits des appelés sont conditionnels, ils sont subordonnés à l'existence de ces appelés lors du décès du testateur. Ouvrir leur droit et exiger qu'ils soient conçus à une autre époque, c'est modifier la position que le disposant leur avait faite, c'est soumettre leur droit à une condi-

tion qui n'était pas dans l'esprit du disposant : c'est faire évanouir la substitution dans un cas où elle aurait dû avoir ses effets, si les choses avaient suivi leur cours régulier. Il est donc impossible, en pareil cas, de considérer la substitution comme éteinte, parce qu'il n'existe pas encore d'appelés; et comme les biens ne peuvent pas rester dans les mains du grevé, on se trouve contraint par la force des choses à admettre un résultat que nous repoussions naguère, à propos d'une autre question, et à laisser les biens retourner au disposant ou à ses héritiers sous la réserve du droit des appelés quand il en surviendra.

212 *bis*. IV. Le retour des biens au disposant s'opère sans difficulté, et il en est de même du retour aux héritiers quand le grevé, fils ou frère du défunt, a renoncé à la succession de celui-ci Mais s'il est l'un des héritiers ou l'héritier unique, on peut trouver quelque difficulté à mettre en pratique la doctrine que nous venons d'indiquer.

Supposons d'abord que le grevé n'est héritier du disposant que pour une part, alors on peut facilement appliquer notre règle aux cas de révocation de donation ou de legs et à celui de déchéance. Le bien retourne à la succession; privé de la totalité comme grevé, le donataire ou légataire retrouve une part comme héritier, sauf l'affectation aux droits éventuels des appelés, et la punition de sa faute consiste dans la perte d'une partie de l'objet donné. Que s'il s'agit de la renonciation du grevé à ses droits, comme celui-ci manifeste par là l'intention d'abdiquer tout droit sur la chose, qu'il serait aussi bien obligé éventuellement envers les appelés en sa qualité d'héritier qu'en sa qualité de grevé, et qu'il déclare répudier cette position, sa part dans l'objet de la substitution doit accroître à ses cohéritiers, qui partagent cet objet comme s'il n'était point héritier.

Quand on suppose le grevé héritier unique du disposant, l'hypothèse se simplifie un peu, parce qu'on écarte deux des cas sur lesquels nous raisonnons, la révocation pour ingratitude et pour inexécution des conditions, l'héritier seul pouvant intenter l'action en pareil cas. Restent le cas de renonciation et celui de déchéance en vertu de l'article 1057. Quand le grevé, héritier unique, a renoncé, il a, comme il vient d'être dit, manifesté l'intention de répudier la position qui lui était faite et de ne pas rester débiteur

éventuel des appelés. Il ne peut pas plus conserver cette position en qualité d'héritier qu'en qualité de grevé. Le bien est donc alors abandonné, et il faut pourvoir à son administration. Les tribunaux auraient alors à prendre des mesures, à ordonner notamment un séquestre, jusqu'à l'accomplissement ou la défaillance de la condition à laquelle est subordonné le droit des appelés.

Si nous passons maintenant au cas de déchéance (art. 1057), et si nous supposons le grevé héritier unique du disposant, nous ne pouvons ni déclarer qu'en pareil cas l'article 1057 est inapplicable, ni déranger l'ordre des successions *ab intestat* pour attribuer le bien à l'héritier du degré subséquent. Force est donc de laisser les biens au grevé, jusqu'à la naissance d'un appelé, en nommant un tuteur; la peine alors consistera en ce que le grevé ne gardant plus les biens que comme héritier, devra les restituer lors de la naissance d'un appelé, au lieu de conserver la jouissance jusqu'à sa mort.

212 *bis*. V. L'article 1053 est donc inapplicable dans sa lettre quand il n'existe pas d'appelés au moment où cesse prématurément le droit du grevé; supposons maintenant qu'à cette même époque il existe quelques appelés. On ne se trouve plus, il est vrai, contraint à laisser les biens retourner au disposant, mais on ne peut pas cependant encore traiter la substitution comme définitivement ouverte. Il pourra survenir d'autres appelés, des enfants peuvent naître au grevé, et nul ne peut songer à les dépouiller de leurs droits, parce que le grevé a abandonné ou perdu les siens avant le terme naturel. Si on déclarait la substitution ouverte dans cette hypothèse, on permettrait ainsi au grevé, en renonçant à ses droits avant le temps, d'avantager les premiers-nés de ses enfants, contrairement à l'article 1050 et à la volonté du disposant.

212 *bis*. VI. Signaler ainsi l'inexactitude du texte de l'art. 1053 dans deux hypothèses très-fréquentes, c'est détruire à l'avance l'argument qu'on pourrait tirer de cet article dans une troisième espèce : qu'on suppose, en effet, non plus qu'il est survenu des appelés depuis l'événement qui a fait cesser le droit du grevé, mais qu'un des appelés, au contraire, a cessé d'exister, il y aura lieu de se demander si la part dévolue à cet appelé doit rester à sa succession, et être perdue pour les autres appelés qui l'auraient eue sans aucun doute si la substitution avait suivi son cours, puisqu'ils auraient été

seuls capables de recueillir au jour du décès. Si les droits ont été définitivement ouverts en vertu de l'article 1053, l'incapacité postérieure ne peut pas nuire à l'appelé qui a recueilli sa part, et il faudrait le décider ainsi, si nous ne venions pas de voir que le Code n'a pas pu attacher à ses expressions le sens définitif et irrévocable qu'elles semblent présenter. Reste donc à examiner la question indépendamment du texte. Pothier la présentait comme douteuse, mais il semblait décider, bien qu'avec hésitation, en faveur des héritiers de l'appelé décédé, et sa raison était que les appelés, en consentant à recevoir avant le décès du grevé, avaient adhéré à l'ouverture anticipée de la substitution, et n'étaient plus recevables à revenir contre leur consentement (1). Ce qui revient à dire que par un contrat *sui generis*, chaque appelé avait assuré ses propres droits contre les chances de caducité, en garantissant le droit des autres contre les mêmes chances. Mais, outre que la légalité de cette convention pourrait être énergiquement contestée, en vertu des règles concernant les pactes sur les successions futures, et des intentions mêmes du disposant, qui a voulu concentrer les biens substitués sur les têtes existantes au décès du grevé, on doit surtout combattre la solution de Pothier, parce qu'elle trouve son fondement dans une convention dont l'existence est plus que douteuse. On peut, il est vrai, supposer cette convention quand le grevé a renoncé à ses droits par un acte dans lequel les appelés ont été parties, mais l'hypothèse embrasse bien d'autres cas dont Pothier et ceux qui ont suivi sa doctrine ne se préoccupent pas. D'abord, la renonciation peut être le fait du grevé seul, puis l'ouverture anticipée des droits des appelés peut résulter d'une déchéance prononcée en vertu de l'article 1057, à la diligence du ministère public, ou d'une révocation de libéralité pour ingratitude. Les appelés, dans ce cas, ont été étrangers à l'acte qui met fin au droit du grevé, on ne peut pas encore argumenter de leur volonté, et cependant cette cessation devrait, au terme de l'article, ouvrir la substitution. Dira-t-on que c'est le fait d'avoir partagé les biens qui doit produire ce résultat? Alors on sort des termes de la loi qu'on voulait prendre à la lettre, car la substitution ne devrait être ouverte que par l'acte de partage et non par l'abandon ou la déchéance du grevé. Puis ne serait-ce

(1) V. Pothier, *Substitutions*, sect. VI, art. 1er, § 2 *in fine*.

pas présumer la volonté des parties au lieu de l'interpréter, que de voir dans ce partage le contrat aléatoire dont nous parlions tout à l'heure, et qui a pour but de soustraire chaque appelé aux chances de son décès avant celui du grevé? N'est-il pas plus naturel de penser que les appelés ont partagé ce qu'on leur abandonnait, une jouissance de biens, sans se préoccuper de la propriété, puisque dans tous les cas leurs droits sur cette propriété ne pouvaient être véritablement fixés du vivant du grevé à cause de la survenance possible d'autres enfants? Fallait-il donc que l'appelé qui eût voulu conserver ses droits intacts, ne prît aucune part à cette jouissance abandonnée, et la laissât tout entière aux autres appelés?

212 *bis*. VII. Une notable différence existe encore, et celle-ci de l'aveu de tous, entre l'ouverture de la substitution qui résulte de la mort du grevé et celle qui a lieu par la renonciation ou la déchéance de celui-ci; dans ces cas, en effet, il est impossible que des droits conférés à des tiers par le grevé soient anéantis; il ne peut pas, par son fait, changer la position de ses ayant cause; leurs droits sont subordonnés à la condition qu'il n'existera pas d'appelés lors du décès du grevé, et non pas à une autre époque (1). Il faudrait seulement faire une exception pour le cas de révocation pour inexécution des conditions, parce que cette révocation anéantit les droits des tiers acquéreurs.

212 *bis*. VIII. C'est une application du même principe que nous retrouvons dans l'article 1053 à propos des créanciers chirographaires; l'article 42 de l'ordonnance déclarait qu'ils pourraient exercer sur les biens substitués les mêmes droits et actions que s'il n'y avait point eu de restitution anticipée; le Code Napoléon consacre le même droit; en d'autres termes, l'abandon ne pourra préjudicier aux créanciers : c'est dire, comme l'ordonnance, que les créanciers n'ont pas besoin de faire révoquer la renonciation ni de prouver que cette renonciation a été frauduleuse. On doit voir, par conséquent, dans l'article 1053, une décision étrangère à la théorie de l'action Paulienne, et inspirée par des motifs particuliers à la matière des substitutions. On a surtout attaqué les substitutions au nom des créanciers du grevé, souvent dépouillés de leur gage par la mort de leur débiteur; il était naturel,

(1) V. art. 43, t. 1er, Ordonn. 1747.

par conséquent, qu'on prît des mesures pour protéger ces créanciers contre les conséquences fatales des renonciations ou déchéances anticipées.

212 *bis*. IX. Jusqu'à présent nous avons supposé que le grevé avait recueilli la donation ou le legs fait à charge de restitution : c'est l'hypothèse de l'article 1053, qui, parlant de la cessation de la jouissance du grevé, suppose évidemment que le droit a reposé sur la tête de celui-ci. Mais on peut raisonner sur une autre hypothèse : le grevé peut ne pas avoir recueilli; s'il a renoncé au legs ou n'a pas accepté la donation : s'il était incapable de recevoir lors de la donation ou du décès du testateur : si, quand la substitution est faite par testament, il est mort avant le testateur, ou s'est rendu coupable avant la mort de celui-ci d'un des faits prévus par l'art. 955 1° et 2°. Dans ces différentes hypothèses, il y a lieu de se demander quel est le sort de la seconde disposition, et si la nullité ou la caducité de la première entraîne nécessairement la nullité ou la caducité de la seconde.

Pour se fixer sur ce point, il faut d'abord distinguer entre les substitutions faites par donation entre-vifs et celles faites par testament. Quand la substitution est faite par donation entre-vifs, le défaut d'acceptation du donataire ou son incapacité rendent l'acte incomplet; il est vicié dans sa forme même, et par conséquent ne peut produire aucun effet même à l'égard des appelés, la donation et la substitution restant comme un projet auquel il n'a pas été donné suite.

212 *bis*. X. Mais on ne peut pas en dire autant dans le cas d'une substitution par testament. L'acte est valable dans sa forme sans acceptation du légataire, et si on le considère comme ne pouvant pas produire d'effet en faveur des appelés, ce ne peut être en s'appuyant sur l'imperfection du testament. Il faut alors, pour nier le droit des appelés, insister sur le caractère de la disposition faite à leur profit, qui est plutôt une charge de la première libéralité qu'une libéralité proprement dite, et déduire de là que cette disposition ne peut avoir d'effet, car il ne peut y avoir charge d'un legs là où il n'existe pas de legs. Cette doctrine conduit à un résultat nécessaire, qui doit, *à priori*, la faire condamner. Elle donnerait au grevé, quand il est héritier unique du disposant, intérêt à mettre à néant la volonté de son père ou de son frère; il lui suffirait de répudier

la libéralité à lui faite pour faire tomber toute la disposition et recueillir *ab intestat* les biens libres de toute charge; le chapitre des substitutions deviendrait alors une lettre morte pour les pères et mères n'ayant qu'un enfant, et les petits-enfants issus d'un enfant unique ne jouiraient pas, en fait, de la protection organisée par la loi sur les substitutions.

La doctrine que nous combattons est non-seulement condamnée par les résultats qu'elle produit, mais encore par les précédents historiques et par la volonté manifeste du testateur.

L'article 27, t. Ier de l'ordonnance, prévoyait le cas de renonciation du grevé, et déclarait que cet acte ne pouvait nuire au substitué; quant à la caducité de l'institution résultant du prédécès ou de l'incapacité du grevé, il est vrai que selon l'article 26, la caducité de l'institution entraînait celle de la substitution. Mais cet article raisonne en vue d'une institution d'héritier et des principes du droit écrit, qui annulait le testament à défaut de cette institution. Ce fait est démontré d'une manière positive par le même article 26, qui fait exception à la règle, et valide la substitution quand le testateur a déclaré qu'il entendait que son testament valût au besoin comme codicille. Aussi, dans les pays de coutumes, qui n'admettaient pas les règles du droit romain sur la nécessité de l'institution d'héritier, l'exception de l'article 26 était la règle, et la substitution produisait ses effets malgré la caducité de la première disposition (1). Le Code civil a suivi les idées coutumières, en admettant la validité du testament sans institution d'héritier, et, par conséquent, sur la question qui nous occupe, il a dû s'inspirer non pas de la première mais de la seconde partie de l'article 26 de l'ordonnance.

Enfin, si on examine la volonté du testateur, on ne comprend pas comment la répudiation du premier légataire ou la caducité de la première disposition pourrait entraîner l'anéantissement de la substitution; le disposant a voulu gratifier successivement deux légataires, il a préféré dans une certaine limite le grevé aux appelés, mais il préférait certainement les appelés à ses héritiers *ab intestat*. Dès que le grevé disparaît pour une cause quelconque, la libéralité doit passer à ceux que le disposant avait placés après lui. S'at-

(1) V. Pothier, sect. VII, art. 1er, § 2.

tacher au mot charge, qui sert à désigner l'obligation du grevé envers les appelés, pour déclarer que cette obligation ne peut exister quand le légataire grevé de cette charge n'existe pas, c'est faire prédominer les mots sur les idées. Dira-t-on jamais qu'un legs particulier sera caduc par la caducité du legs universel, quand bien même le testateur avait ainsi conçu son legs particulier : Je charge mon légataire universel de donner 10,000 francs à Pierre ? Il en est ainsi dans le cas de substitution ; il y a, d'après tous les principes, une double disposition, et c'est pour cela qu'on peut attribuer des effets à la seconde alors même que la première n'en produit pas.

Une seule difficulté sérieuse peut se produire sur ce point : si on valide la seconde disposition comme legs fait aux appelés, il semble qu'elle ne peut être valable que si les appelés sont conçus, et en faveur seulement de ceux qui sont conçus. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici d'une disposition exceptionnelle, d'un cas dans lequel la loi considère comme capables des personnes non conçues ; bien qu'on décompose la substitution pour valider la seconde disposition, cette disposition n'en fait pas moins partie d'une substitution autorisée par l'article 1048 en faveur des enfants à naître. Enfin il faut remarquer que si on écarte les enfants qui ne sont pas encore conçus, on ne tient plus compte de la volonté du disposant, et on rend possibles de la part du grevé certains calculs que nous repoussions naguère ; le grevé, en effet, s'il est héritier unique du disposant et s'il n'a pas encore d'enfant, peut renoncer au legs pour recueillir *ab intestat ;* ou s'il a déjà un enfant, il peut, malgré l'esprit du Code et la volonté du testateur, avantager ce premier-né en répudiant la libéralité qui lui est faite.

212 *bis*. XI. Les principes que nous venons de poser sur la vocation des appelés non conçus, même au cas de répudiation du grevé ou de caducité de la première disposition, produisent les conséquences suivantes : 1° les appelés déjà conçus, s'il en existe, recueillent la libéralité, sauf à partager plus tard avec les autres appelés s'il en survient, au fur et à mesure que ceux-ci naîtront ; 2° s'il n'existe aucun appelé, les biens restent entre les mains des héritiers *ab intestat* ou autres débiteurs du legs ; mais ils sont affectés à la substitution, en sorte que ceux-ci doivent les rendre au premier appelé qui viendrait à naître, lequel pourrait être lui-

même actionné plus tard en partage par ceux qui naîtraient ultérieurement.

213. La charge de restitution n'empêche pas le donataire ainsi grevé d'être propriétaire, seulement sa propriété est résoluble par l'événement qui donnera ouverture à la substitution. Quant aux appelés, leur droit conditionnel se borne à une simple espérance qui autorise de leur part ou dans leur intérêt, l'emploi de toutes mesures conservatoires. V. articles 1180, 1055-1068.

213 *bis*. I. La loi vient de dire quand finit le droit du grevé, quand commence celui des appelés, elle ne dit pas au juste quelle est la nature de ces droits; elle s'en remet pour cela à la théorie générale. Il résulte, en effet, de tout ce qui a été dit jusqu'ici, que le grevé est propriétaire sous condition résolutoire, et par conséquent que les appelés sont propriétaires sous condition suspensive: la condition c'est l'existence des appelés au jour du décès du grevé. Le grevé, en effet, a plus qu'un simple droit de jouissance de la chose d'autrui; il n'est pas un usufruitier, car les biens auront été libres entre ses mains; si à sa mort il n'existe pas d'appelés, il a la chance de se trouver définitivement propriétaire des biens substitués, tandis que l'usufruitier ne peut jamais devenir propriétaire, quand même le nu-propriétaire mourrait sans héritiers.

Quant aux appelés, leur droit est nécessairement le droit correspondant à celui du grevé, c'est-à-dire qu'ils sont propriétaires sous la condition d'exister au jour du décès du grevé. S'il peut paraître étrange de donner la qualification de propriétaires à des appelés qui ne sont pas encore conçus, il faut accepter cette nécessité en vertu des règles exceptionnelles de la matière.

213 *bis*. II. Les conséquences qui découlent de cette double propriété conditionnelle sont régies par les règles générales sur les droits conditionnels, et c'est ce qui explique le silence du Code sur la position respective du grevé et des appelés. Il est nécessaire cependant d'indiquer brièvement les droits des uns et des autres.

Quant aux appelés, leurs droits consistent à faire des actes conservatoires, et la loi a organisé tout un système de protection dans leur intérêt.

Pour le grevé, il agit en maître, il peut conférer des droits sur la chose, seulement ses ayant cause sont exposés à voir leurs droits résolus si la condition résolutoire du droit du grevé se réalise.

213 *bis*. III. Il administre néanmoins, et peut trouver dans sa qualité d'administrateur le pouvoir de faire certains actes opposables même aux appelés.

Il peut, notamment, toucher le montant des créances faisant partie de la substitution, et en donner quittance; les payements sont valables même à l'égard des appelés, à moins que le tuteur ou les appelés n'aient fait défense de payer autrement qu'en leur présence (V. art. 15, t. II, ord. 1747) (1).

Il peut faire des baux qui seront obligatoires pour les appelés, pourvu qu'ils soient faits sans fraude. (V. art. 1673.)

Il peut intenter des actions contre les détenteurs des biens substitués ou contre les débiteurs quand des créances font partie de la substitution, et il interrompt ainsi des prescriptions. Quant à l'effet des jugements rendus soit en sa faveur, soit contre lui, sans l'assistance au procès du tuteur à la restitution, c'est un point à étudier sur l'article 1351. On pense assez généralement que les appelés peuvent se prévaloir de la chose jugée en faveur du grevé, mais qu'on ne peut leur opposer les jugements rendus contre lui.

213 *bis*. IV. Une autre question grave s'élève à raison du pouvoir reconnu au grevé d'interrompre les prescriptions. Quel est l'effet de son inaction, peut-elle nuire aux appelés, la prescription qui a couru contre lui a-t-elle couru contre ceux-ci? Les principes que nous avons posés appellent une solution affirmative. Celui qui possède ou bien le débiteur qui ne remplit pas ses obligations prescrit contre le propriétaire ou contre le créancier quel qu'il soit. Dans l'hypothèse, la propriété ou la créance réside éventuellement sur deux têtes : celle du grevé, celle des appelés; la prescription sera opposable à celui qui, suivant l'événement de la condition, aurait eu la propriété ou la créance. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que les principes sur la prescription nécessitassent une exception en faveur des appelés. Mais il est impossible de trouver rien de semblable. Ce n'est pas dans la maxime *contra non valen-*

(1) V. Pothier, sect. V, art. 1er, *in fine*.

tem agere non currit præscriptio qu'on trouvera la base de cette exception. Quelle que soit la valeur de cette maxime, elle ne serait pas ici applicable, car les appelés pouvaient faire des actes conservatoires, et au besoin le tuteur pouvait les faire dans leur intérêt.

Ce n'est pas non plus le caractère conditionnel de leur droit qui ferait obstacle à la prescription, car l'article 2257 suspend la prescription des créances conditionnelles, et n'est pas, par conséquent, applicable en matière de prescription acquisitive; et s'il s'agit de prescription libératoire, il suppose que la condition affecte la dette, en sorte que le débiteur a chance de ne rien devoir si la condition ne se réalise pas; tandis qu'il n'y a rien de semblable dans notre espèce, puisque le débiteur devra toujours, sinon aux appelés, du moins au grevé, et que l'exécution même de son obligation n'est pas suspendue par l'événement qui soumet à une sorte d'alternative la personne de ses créanciers.

La prescription court donc contre les appelés, seulement il faut réserver l'application de l'article 2252, si ces appelés sont mineurs ou interdits; en effet, par l'arrivée de la condition à laquelle leur droit était subordonné, ils sont censés avoir toujours été propriétaires des biens ou créanciers des débiteurs. La prescription, par conséquent, a pu être empêchée à raison du privilége de leur personne, et la qualité du grevé qu'on répute maintenant n'avoir jamais été propriétaire ou créancier, est tout à fait indifférente.

213 *bis*. V. Le pouvoir d'administrer que nous reconnaissons au grevé, ne lui donne pas cependant le droit de faire certains actes graves qui peuvent devenir nécessaires pendant la durée de la substitution. Il faudrait alors s'adresser à la justice pour obtenir des autorisations. Ainsi, s'il était nécessaire d'aliéner une portion des biens substitués, si une transaction devenait indispensable, il faudrait, dans le silence de la loi, et en vertu des principes généraux sur les pouvoirs des administrateurs, faire autoriser ces actes dans les formes requises par la loi sur les biens des mineurs. (V. art. 53, tit. II, ordonn. de 1747.)

En dehors de ces conditions, les actes d'aliénation ou les constitutions de droits réels consentis par le grevé ne pourraient être définitifs; ils seraient affectés de la condition qui affecte son droit (V. art. 2125).

214. **La propriété du grevé étant résoluble par l'ouverture**

de la substitution, il faut appliquer aux aliénations qu'il aurait consenties, ou aux charges qu'il aurait créées, la maxime *resoluto jure dantis*, etc. Ainsi ses créanciers, soit simples, soit hypothécaires, n'ont aucun droit à exercer sur les biens à restituer; sa femme est privée du recours que lui donnait l'ancienne ordonnance des substitutions (voy. ord. de 1747, tit. 1, art. 44 et suiv.). Cependant ce recours peut lui être accordé par une disposition expresse du *testateur* (nous ajoutons ou du donateur), mais subsidiairement, et pour le capital seulement des deniers dotaux. V. art. 1054.

214 *bis*. I. Les appelés, propriétaires sous condition, peuvent, quand l'événement s'est réalisé, revendiquer les biens substitués entre les mains des tiers qui n'ont reçu du grevé qu'un droit résoluble : voilà le principe. Mais il résulte de la combinaison de diverses autres règles de droit, qu'ils ne peuvent pas toujours intenter cette action en revendication. En effet, ils sont nécessairement héritiers *ab intestat* du grevé, et s'ils ne détruisent pas, par une acceptation bénéficiaire ou une répudiation, les effets de l'investiture légale, ils se trouvent, en qualité d'héritiers purs et simples, continuateurs de sa personne, tenus de ses obligations, et notamment de la garantie envers les tiers acquéreurs des biens substitués; garants de l'éviction que pourront subir les tiers, les appelés ne peuvent être eux-mêmes les auteurs de cette éviction, et, par suite, la propriété se trouve consolidée entre les mains des acquéreurs; c'est donc seulement à la condition d'accepter bénéficiairement ou de répudier la succession du grevé, que les appelés peuvent agir contre les tiers acquéreurs en vertu de la résolution du droit du grevé. Si cette solution, qui découle si naturellement des principes du droit, a besoin d'être indiquée, c'est que ces principes avaient été méconnus par une disposition de l'ordonnance de 1747, que le Code civil s'est bien gardé de reproduire. L'art. 31, t. II, consacrait le droit de revendication des appelés, et ajoutait : *Encore que le substitué se trouve en même temps héritier pur et simple du vendeur.* Cette portion de l'article 31, présentée par Furgole comme nouvelle et n'ayant aucun fondement dans le droit, était inspirée par la faveur des substitutions et l'esprit du droit ancien conservateur des biens en nature dans les familles. On avait essayé, il est vrai,

de sauvegarder les droits de l'acquéreur en obligeant, dans ce cas, l'appelé à indemniser celui-ci du prix d'acquisition et des frais et loyaux coûts; mais ce palliatif, suffisant peut-être à une époque où on a eu peu d'exemples de variation en hausse dans la valeur des immeubles, serait bien peu protecteur aujourd'hui, quand on voit les valeurs immobilières soumises comme les valeurs mobilières à la loi de la hausse et de la baisse. Le Code Napoléon, d'un autre côté, a rompu avec les traditions de l'ancien droit sur la conservation des biens dans les familles; il n'avait, par conséquent, aucune raison pour faire revivre la disposition exceptionnelle de l'ordonnance.

214 *bis*. II. La loi admet cependant une exception à la règle sur la résolution des droits acquis par des tiers du chef du grevé. Il s'agit de la femme de celui-ci. L'ordonnance lui attribuait de plein droit une hypothèque sur les biens substitués; dans le Code Napoléon elle n'a légalement qu'une hypothèque soumise à la résolution qui affecte la propriété de son mari. Cependant, par la volonté du disposant, cette hypothèque peut être soustraite à cette cause de résolution, elle peut survivre à l'événement qui anéantit même dans le passé la propriété du mari.

Mais la volonté même du disposant est soumise à deux restrictions : 1° l'hypothèque ne doit frapper les biens substitués que subsidiairement, c'est-à-dire qu'en cas d'insuffisance des autres biens du grevé; 2° cette hypothèque ne peut garantir que le capital des deniers dotaux de la femme.

On peut facilement se rendre compte de la pensée du disposant, qui pour faciliter le mariage du grevé dont il est le père ou le frère, assure des garanties à la femme que ce grevé épousera plus tard; on aperçoit moins facilement le but qu'il se propose d'atteindre quand le grevé est déjà marié lorsqu'il fait la donation ou le testament. Aussi aurait-on compris que l'article s'appliquât seulement à la femme future du grevé : on aurait eu, pour le décider ainsi, l'exemple de l'ancienne jurisprudence, qui, au dire de Furgole, n'attribuait à la femme une hypothèque que sur les biens des substitutions antérieures au mariage (1). Il est impossible, néanmoins, d'introduire dans le Code cette distinction quand le texte ne la

(1) Furgole, sur l'art. 44, t. 1er, Ordonn. 1747.

commande pas, et qu'il s'agit en définitive d'une hypothèque résultant de la volonté d'un testateur ou donateur.

214 *bis.* III. Il n'est pas difficile d'ailleurs d'apprécier les raisons des restrictions auxquelles est soumise cette hypothèque. Il est naturel, d'abord, que les biens libres du mari garantissent la femme par préférence à des biens sur lesquels elle ne peut exercer une hypothèque que par dérogation aux principes du droit. Secondement, en ce qui touche la créance que peut garantir cette hypothèque, le capital des deniers dotaux, il eût été imprudent de donner la garantie hypothécaire aux intérêts, parce qu'il eût été facile, au moyen d'une entente entre les époux, après une séparation de biens par exemple, de diminuer les droits des appelés en laissant courir les intérêts pour augmenter le chiffre des répétitions de la femme (1); et de plus, en bornant la garantie au capital en deniers, la loi a permis de protéger la dot qui peut être le plus facilement dissipée, et non pas la dot composée de corps certains, parce que celle-ci n'aura pu être dissipée que du consentement de la femme. C'était la raison que donnaient les commentateurs de l'ordonnance à propos des articles 49 et 50, qui refusaient la garantie hypothécaire à la créance de la femme résultant de l'aliénation d'un de ses biens, ou d'un engagement par elle contracté pour son mari.

L'ordonnance de 1747 employait, comme le Code, le mot *dot*, et cependant elle n'avait pas exclusivement en vue la dot constituée sous le régime dotal, car dans l'article 49 elle parlait des propres des pays coutumiers; il est impossible, par conséquent, de supposer que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont songé dans l'art. 1054 qu'à la femme mariée sous le régime dotal; le mot dot est assez souvent employé, soit par les auteurs, soit par la loi, sous les régimes autres que le régime dotal, pour qu'il ne soit pas permis d'attribuer à l'article 1054 un sens exclusif. (Voyez notamment art. 1392, 1443.)

214 *bis.* IV. S'il est facile de comprendre la pensée du disposant qui soumettrait à des restrictions l'hypothèque de la femme en lui donnant un caractère subsidiaire, et en l'affectant uniquement à la restitution du capital des deniers dotaux, on a

(1) V. cependant Ordonn. 1747, art. 44, § 1er.

plus de peine à saisir comment c'est la loi qui soumet à ces restrictions la volonté d'un donateur ou testateur disposant de la quotité disponible. Pourquoi ne pourrait-il pas attribuer à la femme une hypothèque non subsidiaire, et pour toutes ses créances? Bien plus, pourquoi ne pourrait-il pas réserver également un droit d'hypothèque à tout autre créancier du grevé? Maître de ne rien laisser aux appelés, ne peut-il pas amoindrir, dans l'acte même qui les gratifie, les effets de sa libéralité?

La rédaction de l'article 1054 ne permet guère, cependant, d'attribuer cette puissance à la volonté du disposant, et bien qu'on ait essayé de considérer cet article comme n'ayant pas d'autre but que de supprimer l'ancienne hypothèque légale, et de donner le sens présumé de la clause qui réserverait l'hypothèque de la femme sans autre explication, il est clair, cependant, que sa pensée est restrictive, et qu'il est destiné à faire obstacle à la volonté du disposant; et, ainsi entendu, il n'est pas pour cela dénué de motifs. D'abord il n'est pas sans exemple que le législateur interdise des clauses détruisant les effets d'un acte que la partie était maîtresse de ne pas faire; il ne permet pas, en général, de détruire un droit par l'acte même qui le constitue. Puis il existe ici une raison spéciale à la matière : c'est uniquement dans l'intérêt des enfants du grevé qu'on a admis les dérogations au droit commun qui résultent de la création d'une substitution : or, si on avait laissé au disposant toute liberté quant à la réserve d'une hypothèque pour la femme du grevé ou pour tout autre créancier, il serait arrivé bien souvent que la substitution, ou au moins l'espèce d'inaliénabilité qui frappe les biens substitués eût profité à des tiers. Car, si on suppose la substitution antérieure au mariage, ou à la création de la dette à laquelle l'hypothèque serait réservée, le grevé ne pouvant pas aliéner définitivement le bien au profit d'un tiers, la femme mariée longtemps après la substitution, le créancier de longtemps postérieur à cette substitution auraient acquis le premier rang d'hypothèque par l'effet de l'impossibilité d'aliéner résultant de la substitution.

215. Les substitutions donnent lieu à diverses mesures, dont les unes tendent à assurer la conservation des droits des appelés (art. 1051-1068); les autres à prévenir contre

toute surprise les tiers qui pourraient traiter avec le grevé (art. 1069-1072).

216. Les mesures prescrites dans l'intérêt des appelés sont : 1° la nomination d'un tuteur chargé de faire toutes les diligences pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée (art. 1055-1057 ; voy. art. 1073) ; 2° l'inventaire (art. 1058-1061) ; 3° la vente du mobilier (art. 1062-1064) ; 4° l'emploi des deniers (art. 1065-1068).

217. La nomination du tuteur peut être faite par l'auteur de la disposition, soit dans l'acte même, soit dans un acte postérieur, pourvu qu'il soit authentique. Cette tutelle ne peut, en général, être refusée. A cet égard, on suit les mêmes règles qu'en cas de minorité. V. art. 1055.

217 *bis*. I. La nomination d'un tuteur chargé de contrôler les actes du grevé est exigée par le Code Napoléon dans toutes les substitutions; l'ordonnance (art. 5, tit. II) ne prescrivait la nomination d'un *curateur* que si le premier substitué n'était pas encore né. Ce premier substitué était réputé surveiller le grevé dans son propre intérêt, et en même temps dans l'intérêt de tous les appelés à venir. Aujourd'hui la loi ne s'est pas contentée de cette garantie; alors même qu'il existe un appelé et que cet appelé est majeur, la nomination du tuteur est requise. En effet, dans le système de la loi, il n'est jamais certain que l'appelé existant aura seul des droits; le grevé peut avoir d'autres enfants, et de plus les appelés étant toujours les enfants du grevé, leur position serait difficile s'ils étaient obligés de contrôler et quelquefois d'attaquer les actes de leur père; le plus souvent les substitutions périraient par suite de la déférence des enfants du grevé pour leur père. Les volontés du disposant n'ont chance d'être exécutées qu'à la condition que la surveillance de leur exécution sera confiée à des étrangers.

217 *bis*. II. Cette tutelle, au reste, n'a pas tous les caractères d'une véritable tutelle; celui qui en est investi n'est pas chargé de représenter une personne, il a une mission spéciale relativement à un bien déterminé, et par suite il n'y a pas lieu d'appliquer ici toutes les règles des tutelles. Le renvoi fait par l'article n'a trait qu'aux causes de dispense. La nomination d'un subrogé tuteur

notamment ne doit pas avoir lieu, car le tuteur à la substitution ressemble plutôt à un subrogé tuteur qu'à un tuteur, puisque sa mission est toute de surveillance. Bien plus, et par la même raison, on ne saurait considérer ce tuteur comme tenu hypothécairement sur ses biens; l'article 2023, d'ailleurs, qui établit l'hypothèque légale, et qui doit être entendu avec circonspection, ne statue que sur les tuteurs des mineurs et interdits, et on ne peut pas dire qu'il ait eu en vue les tuteurs aux substitutions, puisque ceux-ci peuvent être nommés dans l'intérêt d'appelés majeurs.

217 *bis*. III. Il est difficile d'expliquer pourquoi la nomination du tuteur à la substitution ne pourra pas être faite par un testament olographe, puisque la disposition et par conséquent une nomination du tuteur concomitante auraient pu être contenues dans un acte semblable. Mais en présence des termes formels de l'article, on ne peut admettre la validité d'une nomination de tuteur par un testament olographe postérieur, à moins qu'il ne s'agisse d'une substitution testamentaire, et que le testateur ne prenne soin de révoquer son premier testament, de refaire la substitution et de nommer le tuteur par l'acte même qui désormais sera le titre créateur de la substitution.

218. Si le donateur n'a pas pourvu aux intérêts des appelés par la nomination du tuteur à l'exécution, la loi y pourvoit en imposant au grevé lui-même l'obligation de faire nommer ce tuteur; toutefois, cette obligation ne commence pas pour le grevé avant la mort du disposant, ni dans aucun cas avant l'époque où la disposition aura été connue. L'obligation doit être accomplie dans le délai d'un mois. Si le grevé est mineur, cet accomplissement regarde son tuteur. V. art. 1056, et à ce sujet, art. 1074.

218 *bis*. I. En imposant au grevé l'obligation de provoquer la nomination d'un tuteur, la loi l'a dispensé de faire des diligences à cet effet du vivant du disposant. Car celui-ci est le meilleur surveillant, il a certes qualité pour intervenir dans l'intérêt de l'exécution de ses volontés, et il a d'ailleurs le droit de nommer un tuteur. Si le disposant a nommé un tuteur, il est probable qu'il a entendu lui confier immédiatement la mission de contrôler les

actes du grevé, et à moins d'une réserve expresse tendant à retarder le commencement de son pouvoir jusqu'à la mort du donateur, l'obligation et le droit de veiller commenceraient du vivant même du donateur. Il faut seulement remarquer que ce tuteur n'est du vivant du donateur que le mandataire de celui-ci, et que par conséquent le droit qu'il a d'intervenir n'exclurait pas l'intervention du donateur, et que de plus celui-ci pourrait le dépouiller de ses pouvoirs par une révocation du mandat.

218 *bis*. II. Quand le disposant n'a pas nommé de tuteur, la loi charge le grevé de provoquer cette nomination, et elle sous-entend évidemment que cette nomination aura lieu d'après les règles du titre de la minorité auquel elle vient de renvoyer dans l'article précédent. Il peut, néanmoins, se présenter une difficulté quant à la composition du conseil de famille, si les appelés ne sont pas nés et surtout si le grevé n'est pas marié. Car il est impossible de trouver les parents de la ligne maternelle des enfants à naître. On est alors obligé de composer le conseil en partie avec des amis, car les parents paternels ne pourraient le composer entièrement, d'abord en vertu des règles générales, puis parce que ces parents paternels auraient le même intérêt que le grevé, et qu'il serait dangereux qu'ils composassent seuls le conseil.

Si maintenant on suppose que plusieurs appelés sont déjà conçus, mais qu'ils sont nés de deux mariages du grevé, la composition du conseil est encore plus difficile à régler, car les différents appelés ont des parents paternels communs, mais des parents maternels différents, et si on veut conserver l'unité du conseil de famille, il est nécessaire d'appeler trois parents de chaque famille, au risque de dépasser le nombre six, qui est le chiffre normal aux termes de l'article 407, ou bien de prendre un parent dans chacune des deux familles, et de donner ensuite pour la troisième place la préférence au plus âgé des deux parents qui sont les plus proches chacun dans sa famille. Tout ceci est nécessairement très-arbitraire, puisque l'hypothèse n'a pas été prévue.

219. La loi attache tant d'importance à l'accomplissement de cette obligation, qu'elle punit de déchéance le grevé qui néglige d'y satisfaire. Cette déchéance doit naturellement entraîner l'ouverture du droit des appelés (art. 1053). L'ouver-

ture, du reste, doit être déclarée par jugement. Les diligences, à ce sujet, peuvent être faites non-seulement par les appelés capables, ou, en cas d'incapacité, par les personnes chargées en général de les représenter ou assister; c'est-à-dire, pour les mineurs non émancipés et les interdits, par leur tuteur; et pour les mineurs émancipés, par leur curateur; mais encore, pour le cas de capacité comme pour celui d'incapacité, par tout parent, ou même par le procureur impérial. V. article 1057. Et remarquez la compétence attribuée au procureur impérial près le tribunal de l'ouverture de la succession. Il s'ensuit que c'est ce tribunal qui doit déclarer l'ouverture du droit; nous en concluons également que c'est dans son ressort qu'il doit être procédé à l'établissement de la tutelle.

219 *bis*. I. La sanction de l'obligation imposée au grevé par l'article 1056, est la déchéance de son droit, déchéance qui entraîne l'ouverture du droit des appelés (V. art. 1053). Cette déchéance est prononcée par la loi d'une manière impérative, et les tribunaux ne pourraient pas refuser de la déclarer, alors même que le grevé serait mineur, car il résulte de l'article 1074 que les grevés ne sont pas restituables contre l'inobservation des formalités prescrite par la loi. Il est vrai que dans la seconde partie de l'article, l'emploi du mot *pourra* semble autoriser à envisager la déchéance comme simplement facultative; mais il est impossible d'admettre que le législateur s'est donné à lui-même un démenti, comme aussi de penser que la déchéance étant nécessaire, l'ouverture du droit des appelés ne serait que facultative, ce qui serait contraire à l'article 1053. De plus, en décomposant l'article, on constate que sa disposition principale concerne la déchéance; que sa seconde partie, entièrement relative à l'exécution de la première, ne peut avoir pour but de modifier celle-ci, et qu'enfin la tournure facultative de la phrase est nécessitée par son but principal, qui est d'énumérer les personnes à qui est conféré le pouvoir de provoquer la déchéance.

219 *bis*. II. Nous avons expliqué (n° 212 *bis*. III, IV) quels étaient les effets de cette déchéance, et notamment ce qui arriverait s'il n'existait pas d'appelés. Il est clair, en effet, que même dans

ce cas l'article ne doit pas être privé de sa sanction, les appelés non conçus doivent être dans la pensée de la loi et du disposant aussi bien protégés que les appelés existants, car ils ne sont pas comme ceux-ci protégés par l'affection naturelle du père pour ses enfants. Que s'il semble étrange en pareil cas de faire profiter les héritiers du disposant d'une déchéance qui n'a pas été introduite dans leur intérêt, il ne faut pas oublier que le but de la loi est de contraindre le grevé par la crainte de perdre la libéralité qui lui est faite, et que la donation peut être considérée comme ayant été faite sous la condition de provoquer les mesures protectrices des appelés, ce qui ferait dériver le droit dont il s'agit des principes généraux sur les donations et les legs.

220. Si la consistance des biens à restituer n'est pas suffisamment établie par la disposition même, il est nécessaire de la constater par un inventaire et une prisée. La loi, supposant que la disposition à la charge de restituer est à cause de mort, ne prescrit l'inventaire qu'après le décès du disposant, et ne dispense d'y procéder qu'au cas de legs particulier; elle veut que l'inventaire comprenne *tous les biens et effets composant la succession;* quant à la prisée, elle n'est prescrite que pour *les meubles et effets mobiliers,* ce qui paraît devoir s'entendre de tout le mobilier corporel; ici, au surplus, comme dans tous les cas, la prisée doit être faite à juste prix. V. art. 1058. Et remarquez que l'inventaire n'est certainement pas prescrit pour le cas où la disposition, même à titre universel, ne comprendrait que des immeubles.

220 *bis.* I. L'inventaire est prescrit par l'article 1058 pour assurer la restitution exacte des biens substitués; aussi l'article soustrait-il à sa règle tous les cas où par la nature même de la libéralité, les biens substitués sont suffisamment déterminés dans l'acte même. Ainsi, quand il s'agit d'un legs particulier, l'objet légué est spécialement désigné, et une constatation nouvelle devient inutile. Il en est de même au cas de donation entre-vifs, que la loi passe avec raison sous silence, parce que la donation déterminera les biens donnés s'il s'agit d'immeubles, et que même, si elle a pour objet des meubles, elle devra en contenir un état descriptif et estima-

tif (art. 948). Dans un cas seulement, celui d'institution contractuelle, il faudra appliquer la règle de notre article, parce que la disposition se rapproche singulièrement des dispositions testamentaires, et que, même en l'absence de notre article, la raison obligerait à constater régulièrement quels sont les biens dont le grevé devient débiteur.

220 *bis*. II. La loi suppose un legs universel ou à titre universel, et elle prescrit dans les deux cas l'inventaire de toute la succession ; pour savoir en effet quelle était la fraction, il faut connaître l'entier, c'est-à-dire le patrimoine ; les legs à titre universel peuvent cependant n'être pas des legs d'une fraction arithmétique, ils peuvent avoir pour objet soit tous les meubles, soit tous les immeubles. A l'égard de ce dernier legs, M. Demante décide que l'inventaire est inutile ; cependant ceci paraît une inconséquence si on admet que dans l'inventaire de toute la succession il faut comprendre les immeubles, ce que fait croire le texte du § 220, qui fait ressortir dans l'article une antithèse entre l'expression *biens,* employée à propos de l'inventaire, et le mot *meubles,* écrit à propos de la prisée. Si l'inventaire de toute la succession doit comprendre les immeubles, ce qui est toujours utile pour éclairer plus tard les appelés sur les biens dont ils doivent poursuivre la restitution (1), un pareil inventaire doit être exigé par la même raison, quand il s'agit du legs à titre universel de tous les immeubles.

221. C'est le grevé que la loi charge d'abord de requérir l'inventaire ; il doit y faire procéder dans le délai ordinaire (v. art. 795), et y appeler le tuteur à l'exécution, son contradicteur légitime ; celui-ci ne doit pas se dispenser d'y assister. Quant aux frais, ils sont naturellement pris sur les biens dont l'inventaire tend à assurer la restitution. V. art. 1059.

222. A défaut du grevé, la charge de l'inventaire retombe naturellement sur le tuteur à l'exécution, qui doit y faire procéder dans le mois, à partir de l'expiration du délai accordé au grevé ; il doit, bien entendu, y appeler le grevé, ou si celui-ci est incapable, son représentant légal. V. art. 1060.

223. Enfin, à défaut du grevé et du tuteur à l'exécution,

(1) V. Furgole, sur l'art. 1er, t. 2, n. 1747.

l'inventaire est fait à la diligence des personnes qui peuvent agir en vertu de l'article 1057; le grevé ou son tuteur, et le tuteur à l'exécution, dûment appelés. V. art. 1061.

224. Le dépérissement auquel sont sujets les *meubles et effets*, fait, en général, et sauf seulement deux exceptions, prescrire la vente de *ceux qui auraient été compris dans la disposition*. Cette vente doit être faite avec publicité et concurrence. V. art. 1062.

224 *bis*. Quand l'article 1062 impose au grevé l'obligation de faire vendre les *meubles compris dans la disposition*, il embrasse dans cette expression très-large, empruntée à l'art. 8, t. II de l'ordonnance, aussi bien les meubles légués à titre particulier avec charge de rendre, que ceux qui feraient partie d'une universalité. Rien dans la loi, en effet, ne pourrait autoriser à prohiber des substitutions de meubles à titre particulier; comme rien ne nous conduit à soumettre ces substitutions à une condition de forme imposée par l'ordonnance et passée sous silence par le Code. Il fallait autrefois que le disposant eût expressément ordonné l'emploi (ord., art. 5, t. Ier); cette condition est inutile en présence des articles 1062 et 1065, et la généralité des termes de l'article 1048 entraîne nécessairement la possibilité d'une pareille substitution.

225. L'obligation de vendre reçoit exception en vertu de la volonté du disposant, pourvu qu'elle soit expresse. Cette exception, bornée autrefois aux choses mobilières servant à l'ornement des maisons et châteaux (v. ord., titre 1, art. 7), peut s'étendre aujourd'hui à toute chose mobilière. Le grevé alors n'est tenu, comme l'usufruitier, qu'à rendre les meubles dans l'état où ils se trouveront. V. art. 1063, et à ce sujet, art. 589.

226. La seconde exception s'applique aux bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres. A cet égard, la faveur de l'agriculture a fait admettre : 1° qu'ils seraient tacitement compris dans le don de la terre (v. d'ailleurs art. 524); 2° qu'il n'y aurait pas lieu de les vendre pour en employer le prix. Mais, par la même raison, il ne suffit pas de les rendre dans

l'état où ils se trouveront à l'ouverture de la substitution ; ils doivent être prisés et estimés, et le grevé sera tenu d'en rendre une égale valeur. V. art. 1064.

226 *bis*. I. L'article 1064 est la reproduction presque littérale de l'art. 6, t. Ier de l'ordonnance ; il est aujourd'hui moins utile qu'en 1747, puisque les bestiaux ou ustensiles dont il s'agit sont aujourd'hui qualifiés immeubles et réputés faire partie de la terre. Si la loi a cru nécessaire de reproduire la disposition de l'ordonnance, c'est uniquement parce que le titre des substitutions est antérieur dans l'ordre des dates à celui de la distinction des biens (13 floréal an XI, 4 pluviôse an XII).

Quant à l'obligation du grevé, elle consiste à restituer en bestiaux ou ustensiles, et non en argent, une valeur égale à celle qu'il a reçue ; le texte ne laisse pas de doute à cet égard, bien qu'on ait regretté la rédaction de l'ordonnance qui disait *pour en rendre d'une valeur égale ;* en effet, les mots de l'article *pour en rendre une valeur égale* ne signifient pas la même chose que ceux-ci : *pour rendre une valeur égale*. Cette dernière phrase pourrait s'entendre d'une valeur en argent, mais le mot *en*, qui se trouve dans l'article, et qui serait fort incorrect s'il s'agissait de la valeur en argent, signifie qu'il s'agit d'une valeur en bétail ou ustensiles.

226 *bis*. II. Ce n'est pas seulement des bestiaux et ustensiles, mais de tous les immeubles par destination, qu'il faut dire qu'ils sont compris dans la disposition et qu'ils ne doivent pas être aliénés ; mais c'est en vertu de l'article 526 qu'on doit décider ainsi, et parce qu'ils font partie de l'immeuble, et non pas en vertu de l'article 1064, car sa dernière disposition est inapplicable ; elle est inspirée par l'intérêt de l'agriculture : elle a pour but d'imposer au grevé la nécessité à laquelle se soumet tout bon propriétaire de renouveler ses instruments de culture ; mais il en est autrement pour les autres immeubles par destination, ils ne sont pas considérés comme un capital en argent, ils sont, comme l'immeuble lui-même, susceptibles de se détériorer par le temps et l'usage, et tout ce qu'on peut exiger du grevé, c'est qu'il les entretienne et qu'il les restitue non détériorés par son dol ou sa faute.

226 *bis*. III. Reste une classe de meubles dont le texte a négligé de parler, et sur le sort desquels il faut cependant statuer, car ils

tendent à devenir la portion importante des patrimoines : les meubles incorporels, rentes, créances, actions dans les compagnies de commerce, de finance ou d'industrie. Si on doit prendre à la lettre l'article 1062, il faut vendre même le mobilier incorporel; mais déjà, malgré les termes de l'ordonnance, on reconnaissait autrefois que les actions et dettes actives ne devaient pas être vendues, parce qu'elles ne craignaient pas le dépérissement. Le Code lui-même, dans l'article 1066, suppose bien qu'on a conservé en nature des créances ou des rentes; et d'ailleurs si on avait vendu des meubles incorporels, il faudrait faire emploi du prix, et ne vaut-il pas mieux conserver des valeurs que le disposant a choisies lui-même, plutôt que de courir les chances d'un nouvel emploi, quand surtout on songe que le disposant avait le droit de déterminer le mode d'emploi? Il serait seulement nécessaire, pour empêcher les aliénations que le grevé voudrait faire au détriment des appelés, de faire la conversion des titres au porteur *en titres nominatifs,* conversion toujours possible aujourd'hui, en vertu de la loi du 23 juin 1857, article 8.

227. Tous deniers comptants, de quelque cause qu'ils proviennent, doivent être employés, dans les délais et de la manière que la loi détermine.

228. Le premier emploi doit avoir lieu, sauf prolongation, dans les six mois à dater de la clôture de l'inventaire; il comprend les deniers recueillis en nature, le prix des meubles vendus (la vente conséquemment doit en être faite dans ces six mois); enfin il comprend les recouvrements opérés jusque-là. L'emploi des recouvrements postérieurs doit être fait dans un délai de trois mois à compter de chaque recette. V. articles 1065, 1066.

229. Le mode d'emploi peut avoir été déterminé par l'auteur de la disposition, il faut alors se conformer à ce qu'il a prescrit; sinon, la loi, afin d'assurer pleinement les droits des appelés, exige un emploi en immeubles, ou avec privilége sur des immeubles. V. art. 1067.

229 *bis.* I. L'ordonnance de 1747, qui a fourni toutes les dispositions du Code sur l'emploi (art. 10-17, t. II), indique comme premier emploi le payement des dettes dont peuvent être grevés les

biens substitués. Bien que le Code ne l'ait pas reproduite, cette portion de l'article 11 de l'ordonnance est sous-entendue dans nos articles, car la substitution ne peut porter que sur l'actif net du patrimoine et non sur l'actif brut ; la première opération à faire dans l'intérêt de tous c'est donc l'acquittement des dettes.

229 *bis*. II. Le placement avec privilége, tel qu'il est imposé au grevé par le texte de la loi, présentera peut-être quelque difficulté dans la pratique, puisque, à raison de la nature du privilége, droit attaché par la loi à certaines créances et ne dépendant pas de la convention, il faudra nécessairement acquérir par voie de cession ou de subrogation un privilége déjà existant. Mais cette difficulté, facile à surmonter du reste, n'est pas une raison pour remplacer l'expression de l'article par le mot hypothèque. Le jurisconsulte ne peut pas substituer arbitrairement son appréciation à celle du législateur. Il est vrai que, quand ils ont rédigé l'article, les rédacteurs du Code n'avaient pas encore écrit la théorie des priviléges et hypothèques. Mais c'est précisément à cause de cela qu'ils ont dû exiger le placement avec privilége ; à moins de prétendre qu'ils ne faisaient pas de différence entre le privilége et l'hypothèque, on doit comprendre que ceux d'entre eux, et ils étaient nombreux, qui étaient imbus des idées du système ancien sur l'hypothèque occulte, ne pouvaient pas considerer comme une garantie suffisante une hypothèque toujours menacée d'être primée par une autre, et qu'ils n'ont vu un placement sûr que dans le placement avec privilége. Dans le système même du Code, le rang des hypothèques n'est pas tellement assuré qu'on puisse considérer comme une précaution inutile l'exigence de l'article 1067. Quand le grevé aura fait un emploi avec première hypothèque, ainsi que l'y autorisent certains auteurs, sera-t-il sûr de n'être pas primé par une hypothèque légale dispensée d'inscription, et la loi n'a-t-elle pas pris une sage précaution en exigeant l'acquisition d'une créance privilégiée?

230. C'est au tuteur à l'exécution à faire les diligences nécessaires pour que l'emploi soit opéré conformément à la loi ; sa présence à l'opération est à la fois une garantie de sa régularité, et une assurance contre les remboursements qui pourraient avoir lieu à son insu. V. art. 1068.

231. Pour garantir les tiers qui pourraient contracter avec

le grevé ou acquérir de lui, contre le préjudice que leur causerait l'ignorance de la substitution, la loi veut que la charge de restituer soit rendue publique, par les moyens qu'elle détermine; elle charge le grevé lui-même et le tuteur à l'exécution de procurer cette publicité.

231 *bis*. Les règles sur la publicité des actes contenant des substitutions permises n'ont point été modifiées par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription (V. art. 11, § fin.). « Il n'est point dérogé aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à la charge de rendre; elles continueront à recevoir leur exécution. »

232. Le mode de publicité consiste, quant aux immeubles, dans la transcription des actes au bureau des hypothèques de la situation. Les actes à transcrire sont évidemment ceux qui constituent à la fois la propriété du grevé et la charge qui lui est imposée Ce sont donc, pour les biens recueillis en nature, les dispositions mêmes, soit entre-vifs, soit testamentaires; et pour les biens acquis en exécution de l'article 1067, les actes d'acquisition, lesquels doivent naturellement en énoncer la cause.

A l'égard des meubles, la loi ne prescrit aucun mode spécial de publicité pour ceux que l'on conserve en nature. Quant aux capitaux, de quelque cause qu'ils proviennent, s'ils ne sont point employés en acquisition d'immeubles, ils doivent, comme on l'a vu, l'être en créances privilégiées sur des immeubles : la publicité résultera alors de l'inscription du privilége (v. art. 2106, 2148); mais pour atteindre ce but, la loi, sans doute, entend que l'inscription contiendra l'énonciation de la substitution. V. art. 1069.

232 *bis*. I. La loi ne prescrit aucune publicité à l'égard des meubles à conserver en nature, parce que les tiers, protégés par la règle *en fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279), n'ont pas à redouter les conséquences que produit d'ordinaire l'ignorance de la charge qui pèse sur le grevé.

Il n'y a également aucune règle de publicité concernant les

sommes placées, conformément à la volonté du disposant, en valeurs autres que celles indiquées par l'article 1067, mais le public est suffisamment mis en garde par la rédaction même des titres, qui, ainsi que nous l'avons dit, doivent être nominatifs, c'est-à-dire mentionner les droits éventuels des appelés.

Quant aux autres biens, les termes de l'article 1069 sont assez larges pour justifier les solutions contenues dans le texte de M. Demante. En effet, l'article ne prescrit pas seulement la publicité de la donation ou du testament; en exigeant la transcription des actes relatifs aux immeubles grevés de substitution, il emploie des expressions assez générales pour qu'on n'hésite pas à y comprendre les actes d'acquisition en emploi ou en remploi; d'ailleurs, puisqu'on exige une certaine publicité pour les sommes employées en créances privilégiées, il est clair qu'on ne s'est pas contenté d'une transcription, faite une fois pour toutes, de la donation ou du testament contenant la charge de rendre.

En ce qui touche les sommes placées avec privilége, il faut remarquer qu'on ne satisferait pas au vœu de l'article en se contentant de rendre public le privilége par l'inscription que prescrit l'article 2106. Une pareille inscription annonce l'existence d'un privilége à tous ceux qui voudraient acquérir du propriétaire de l'immeuble des droits sur sa chose, mais ne publie aucunement la disposition à la charge de rendre; or, c'est précisément cette disposition à charge de rendre qui doit être, aux termes de l'article, rendue publique par l'inscription; il est donc nécessaire que l'inscription en fasse mention dans son contexte, si elle est prise par le grevé, ou qu'elle porte une mention en marge si elle a été antérieurement effectuée.

232 *bis*. II. Entendu ainsi, l'article nous conduit encore à un autre résultat dans un cas que ne prévoit pas son texte : le cas de l'article 1052. Il ne suffirait pas, en cette hypothèse, que les deux donations fussent transcrites, car les tiers qui traiteraient avec le grevé sur l'immeuble objet de la première donation n'auraient pas connaissance de la substitution; la transcription de la seconde donation ne rendra véritablement publique la disposition à la charge de rendre, que si elle est accompagnée d'une mention en marge de la transcription du premier acte.

233. La faveur des tiers est telle, qu'à leur égard, l'effet

de la substitution est entièrement subordonné à l'accomplissement de ces formalités. Ainsi le défaut de transcription peut être opposé par les créanciers et acquéreurs aux appelés, même mineurs ou interdits, sauf leur recours contre qui de droit, et nonobstant l'inefficacité de ce recours. V. art. 1070.

233 *bis*. I. L'article ne dit pas quels sont les créanciers et acquéreurs auxquels il confère le droit d'opposer le défaut de transcription. S'agit-il des ayant cause du disposant ou des ayant cause du grevé? Les termes sont assez généraux pour qu'on soit autorisé à penser qu'on a voulu parler à la fois des deux classes d'ayant cause, et établir qu'à l'égard des uns comme à l'égard des autres, la qualité des appelés ne ferait pas obstacle à l'application des principes.

Ainsi, les ayant cause du disposant pourraient invoquer le défaut de transcription quand l'absence de cette formalité aura pu leur porter préjudice, c'est-à-dire quand il s'agira d'une donation entre-vifs de biens susceptibles d'hypothèque.

Au contraire, quand la formalité omise, transcription ou inscription, aurait été requise non pas en vertu des règles sur les donations, mais en vertu de celles sur les substitutions, en un mot, quand il ne se serait point agi de rendre publique la libéralité, mais la charge de rendre, les ayant cause du disposant ne pourraient pas invoquer l'omission d'une formalité qui ne les intéresse pas; mais les ayant cause du grevé trouveraient certainement ce droit dans l'article 1069; c'est ce qui arrivera quand il s'agira soit de la transcription d'un legs, ou d'une acquisition en emploi, soit de la mention en marge d'une première donation (art. 1052), soit enfin de l'inscription d'une créance privilégiée; tous cas dans lesquels la publicité est requise en vertu des lois sur les substitutions et non pas de celles sur les libéralités ordinaires.

233 *bis*. II. Le droit d'invoquer le défaut de transcription ou d'inscription est conféré à tous les créanciers du grevé, sans distinguer s'ils sont hypothécaires ou simplement chirographaires. Ceux-ci, en effet, peuvent être, aussi bien que ceux-là, victimes de leur erreur sur la situation financière du grevé, et leur intérêt a été un des motifs déterminants de la règle qui prohibe en général les substitutions, et qui astreint à des restrictions et à des précautions les substitutions exceptionnellement autorisées.

233 *bis*. III. Mais sur un autre point, il faut, au contraire, faire une distinction : l'article ne concerne que les acquéreurs ou créanciers à titre onéreux. Ceux qui ont reçu à titre gratuit sont placés dans une catégorie spéciale par l'article 1072, qui traite des donataires du grevé, donataire du disposant, en parlant des donataires des donataires du disposant.

234. Bien plus, le mode de publicité prescrit par la loi est de rigueur, et n'admet aucun équivalent; ainsi le défaut de transcription n'est point couvert par la connaissance personnelle que les tiers qui l'opposent auraient eue de la substitution. V. art. 1071.

235. Mais c'est uniquement dans l'intérêt des créanciers et tiers acquéreurs à titre onéreux qu'est requise la publicité; ainsi, non-seulement les donataires ou légataires, qui ne tiennent leurs droits que de la libéralité du disposant, mais même les héritiers, appelés par la loi à sa succession, ne peuvent opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription. Cette fin de non-recevoir s'étend même à leurs donataires, légataires ou héritiers. V. art. 1072.

236. De là il résulte évidemment que le grevé lui-même, nécessairement donataire, légataire ou héritier du disposant, ne peut jamais, pour s'affranchir de la charge de restitution qui viendrait à s'ouvrir de son vivant, opposer aux appelés le défaut d'une formalité qui n'était pas requise dans son intérêt, et qu'il était d'ailleurs chargé lui-même d'accomplir.

237. Il en résulte encore incontestablement, que ceux auxquels le grevé aurait transmis par donation, legs ou succession légitime, tout ou partie des biens compris dans la substitution, ne peuvent les disputer aux appelés, pour défaut de transcription ou inscription. A l'égard des héritiers légitimes, on ne devait pas leur permettre de se faire un titre de l'omission commise par leur auteur, puisqu'ils répondent de ses faits. Quant aux légataires ou donataires, leur intérêt, fondé sur une pure libéralité, n'a pas paru assez puissant pour prévaloir sur celui des appelés.

238. Mais les termes de la loi ne comprennent pas seulement le grevé lui-même ou ses héritiers et ayant cause à titre gratuit, ils semblent s'appliquer à tous donataires, légataires ou héritiers du disposant, ainsi qu'à leurs donataires, légataires ou héritiers.

Toutefois, on comprend, d'une part, que la fin de non-recevoir ne peut s'appliquer avec effet à ces personnes, qu'autant que, à l'un des titres ci-dessus, elles prétendraient à la propriété des biens compris dans la substitution.

D'autre part, il est évident que ces personnes, à moins d'être elles-mêmes les grevés, n'ont pas d'intérêt à faire anéantir la substitution, puisque cet anéantissement n'aurait pour effet que de rendre libres les biens donnés à d'autres. On ne voit donc pas à quel titre elles pourraient opposer, en aucun cas, le défaut de la transcription prescrite par l'article 1069, et la fin de non-recevoir prononcée contre elles serait, sous ce rapport, sans objet.

Mais, si la disposition faite à la charge de restitution est une donation entre-vifs, assujettie elle-même à la transcription par l'article 939, il résultera de l'article 1072, qu'en supposant même que ces personnes puissent, aux termes de l'article 941, opposer au donataire le défaut de transcription de la donation (v. ci-dessus, n° 82), elles ne pourront au moins l'opposer aux appelés, pour faire tomber à la fois la donation et la charge de restitution.

238 *bis*. L'article 1072 comprend plusieurs classes de personnes qui toutes ont ce caractère commun, que tenant la chose à titre gratuit, elles ne doivent pas se prévaloir d'une omission pour l'emporter sur les appelés.

En premier lieu l'article cite les ayant cause à titre gratuit du disposant.

Ce qui comprend : 1° le grevé, donataire ou légataire du disposant, qui, certes, ne peut invoquer l'inaccomplissement d'une formalité qu'il devait remplir.

2° Les héritiers du disposant ou ses donataires ou légataires autres que le grevé. Nous l'avons déjà dit, si ces personnes élèvent une prétention contre les appelés, ce ne peut être à raison de l'omission d'une des formalités spéciales aux substitutions, formalités qui ne sont point requises dans leur intérêt, mais elles invoquent le défaut de transcription d'une donation entre-vifs. Dire qu'elles ne pourront, *en aucun cas,* opposer aux appelés le défaut de transcription, c'est leur refuser le droit d'attaquer une donation même en s'appuyant sur l'article 941. Ce qui, d'après la doctrine exposée par M. DEMANTE (ci-dessus n° 82 *bis*. I), serait une décision spéciale à la matière des substitutions.

Interprété ainsi, l'article, en ce qui concerne les ayant cause du disposant, a un sens, et un sens naturel. Entendu autrement, il est inutile à leur égard, car il signifierait simplement que ces personnes ne peuvent invoquer l'inaccomplissement des formalités spécialement exigées par le chapitre des substitutions. Or, qui aurait pu songer à donner aux ayant cause du disposant le droit de se plaindre de la non-transcription d'un legs ou d'une acquisition en remploi? Ils n'auraient fait tomber ainsi que le droit des appelés et non celui du grevé, par conséquent ils sont dénués d'intérêt. L'article, en outre, eût été non-seulement inutile, mais encore inexact, car il eût fallu étendre la règle aux ayant cause à titre onéreux. Pas plus que les donataires ou légataires, les ayant cause à titre onéreux du disposant ne pourraient se prévaloir de l'absence d'une formalité spéciale aux substitutions, si l'aliénation première avait été valable. Par exemple, dans le cas de l'article 1052, celui qui après la transcription de la première donation aurait acheté du donateur l'immeuble donné, ne pourrait invoquer contre les appelés le défaut de mention de la seconde donation en marge de la transcription de la première.

C'est donc en faveur des appelés que notre article fait exception aux règles des donations. Mais dans leurs rapports avec le grevé donataire, les héritiers ou ayant cause à titre gratuit du disposant pourraient invoquer l'article 941, de sorte qu'ils reprendraient le bien donné, et qu'ils le garderaient grevé en faveur des appelés de la charge qui l'eût affecté entre les mains du donataire; c'est-à-dire qu'ils en seront propriétaires sous condition résolutoire, et que les

appelés en seront propriétaires sous la condition suspensive d'exister au jour du décès du donataire (1).

En second lieu, l'article énumère comme ne pouvant pas opposer aux appelés l'inaccomplissement des formalités exigées, les donataires, légataires ou héritiers des personnes précédemment indiquées, c'est-à-dire :

1° Les héritiers ou ayant cause à titre gratuit du grevé. Quant à ces personnes, c'est l'omission des formalités spéciales aux substitutions qui a pu leur nuire. Il est même impossible de comprendre qu'elles invoquent le défaut d'une formalité qui invaliderait le droit du grevé, leur auteur. Aussi, c'est en songeant à ces personnes comprises dans les termes généraux de son énumération, que la loi parle du défaut d'inscription, c'est-à-dire de l'absence d'une formalité qui n'est requise que par l'article 1067.

2° Les héritiers ou ayant cause à titre gratuit des héritiers ou ayant cause à titre gratuit du disposant. Il faut faire, quant à cette classe de personnes, les observations précédemment faites sur les héritiers, donataires ou légataires du disposant.

239. Observons, en finissant, que tout préjudice causé aux appelés par la négligence du tuteur, et spécialement par l'omission des formalités dont il devait surveiller et procurer l'accomplissement, donne lieu de leur part à un recours contre lui. V. art. 1073.

240. Ce recours a lieu également contre le grevé qui ne s'est pas conformé aux règles qui lui sont tracées. Nous avons vu aussi qu'il pouvait encourir la déchéance (v. art. 1057). Sa minorité même et l'insolvabilité de son tuteur ne le mettraient pas à l'abri. V. art. 1074.

(1) Ceux qui rejettent l'opinion de M. Demante sur le droit des héritiers, des donataires ou des légataires d'opposer le défaut de transcription (v. ci-dessus 82 *bis*. II., III., IV.), ne peuvent trouver, dans la partie de l'art. 1072 qui concerne les ayant cause du disposant, qu'une application de la théorie générale sur l'art. 941.

CHAPITRE VII.

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS, ENTRE LEURS DESCENDANTS.

241. La loi, pleine de confiance dans l'affection éclairée du père de famille, lui offre le moyen de prévenir de fâcheuses contestations entre ses enfants, en l'autorisant à faire lui-même le partage et la distribution de ses biens.

241 *bis*. Ce n'est pas seulement pour prévenir des contestations après sa mort que l'ascendant use de la faculté conférée par l'article, il évite ainsi les frais de partage que pourrait nécessiter la minorité ou l'état d'interdiction d'un de ses enfants; et il substitue, quant à la répartition des biens, sa volonté éclairée à la décision aveugle du sort, pour attribuer à chacun des enfants le bien qui convient à son caractère, à sa profession, à sa position pécuniaire.

242. Ce pouvoir, exclusivement borné aux pères, mères et autres ascendants, ne doit pas se confondre avec la faculté de disposer à titre gratuit, que la loi accorde, dans de certaines limites, à toutes personnes capables. En effet, il ne s'agit pas ici de créer par la volonté de l'homme un droit de succession; mais bien de régler, soit immédiatement, par une sorte d'ouverture anticipée, soit pour le temps où il doit naturellement s'ouvrir, l'exercice du droit de succession conféré par la loi ou par un acte antérieur de la volonté. C'est dans ce but unique qu'on répartit les biens entre tous les ayant droit, dans la proportion de la part héréditaire de chacun (v., à ce sujet, art. 1078 et 1079). Cette prérogative du père de famille est d'ailleurs tellement indépendante de la faculté de disposer, qu'elle s'applique même à la portion des biens non disponible. V. art. 1075.

242 *bis*. I. La loi considère le droit de partager sa propre succes-

sion comme l'apanage exclusif des ascendants. En effet, à un certain point de vue, il eût été inutile de consacrer de nouveau le droit qui appartient à tout propriétaire de disposer de ses biens à sa volonté, et de les répartir comme il l'entend entre ses légataires ou donataires. S'il était nécessaire de s'exprimer sur ce point en ce qui touche les ascendants, c'est qu'en agissant ainsi, ils règlent le sort de la réserve elle-même, qui ordinairement est soustraite à leur action. Sous ce rapport, la faculté de répartir ses biens ne présente un caractère exceptionnel que quant aux disposants que gêne l'existence d'héritiers à réserve, et on doit sans difficulté reconnaître à tout disposant qui n'a pas d'héritiers à réserve le droit de distribuer ses biens comme il l'entend entre des collatéraux ou des étrangers. Mais, dans ce cas, il fait seulement des donations ou des legs, c'est-à-dire une attribution de propriété, sans qu'à ces legs ou à ces donations soient attachées les conséquences d'un partage. Ces conséquences sont : la garantie des lots, le privilége des copartageants, et les causes spéciales de nullité ou de rescision fondées soit sur l'omission d'un des héritiers, soit sur l'inégalité des parts attribuées à chaque partie (art. 1078, 1079). Ces règles, d'après leurs termes mêmes, régissent trop spécialement la matière du partage pour qu'il soit possible de les appliquer à un acte dont l'effet principal est de transférer le droit de propriété, et non pas de diviser une propriété indivise. La qualification même donnée par le testateur, l'emploi des mots partage, partager, ne devraient pas modifier cette solution, puisqu'on doit toujours, en droit, s'attacher à la nature intrinsèque d'un acte, et non à la dénomination dont son auteur l'a décoré.

242 *bis*. II. Mais si la volonté d'attacher à l'acte qui nous occupe les conséquences d'un partage ne se suppose pas, elle peut toujours avoir été exprimée catégoriquement, et il faut alors prendre parti sur l'effet que peut avoir cette volonté formelle. En examinant successivement chacun des effets propres aux partages, on en trouvera quelques-uns que le donateur ou testateur peut attribuer à sa libéralité, d'après les principes mêmes du titre des donations. Ainsi, bien que l'obligation de garantie n'existe pas de plein droit entre codonataires ou colégataires, rien n'empêche un disposant d'imposer cette charge à ceux qu'il gratifie. On doit reconnaître le même droit au disposant en ce qui touche l'égalité

des parts (art. 1079); il peut avoir été dit dans le testament ou la donation, que le disposant ayant voulu gratifier également ses légataires ou donataires, toute erreur de calcul ou d'estimation devrait être réparée. Les legs ou donations seront alors soumis à cette condition d'attribuer à chaque partie une valeur égale, et cette condition n'aurait rien de contraire aux lois. Enfin, le disposant pourrait également soumettre sa disposition à l'article 1078, en déclarant, que s'il n'a pas compris dans sa libéralité tous ceux qui seront ses héritiers au jour de son décès, il entend que sa donation ou son testament soient considérés comme non avenus.

Mais il n'en sera pas de même du privilége. Les priviléges ne peuvent dériver que de la loi, la volonté de l'homme est impuissante pour les créer; le disposant aurait bien pu créer une hypothèque, mais il existerait des différences notables entre cette hypothèque et le privilége des copartageants. Ainsi le sort de cette hypothèque, soit à l'encontre des autres créanciers, soit à l'encontre des tiers acquéreurs, dépendrait uniquement de son inscription, et elle ne jouirait pas des bénéfices assurés aux copartageants par l'article 2109 du Code Napoléon, et l'article 6, deuxième alinéa de la loi du 23 mars 1855.

243. Le partage peut être fait entre-vifs ou à cause de mort : le partage à cause de mort présente quelque analogie avec le partage entre enfants, usité autrefois dans les pays de droit écrit, et le partage entre-vifs rappelle, sous certains rapports, les anciennes démissions de biens. Toutefois, l'analogie avec l'une ou l'autre de ces dispositions est loin d'être complète. Quelle que soit, au surplus, la différence qui existe entre ce partage et une libéralité proprement dite, il n'en est pas moins vrai que le partage entre-vifs a pour effet le dépouillement actuel et gratuit de l'ascendant au profit de ses descendants. Quant au partage à cause de mort, c'est toujours une disposition que l'ascendant fait de ses biens, pour le temps où il n'existera plus. Ces motifs ont paru suffisants au législateur, pour soumettre ces partages *aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments.* V. art. 1076, al. 1.

C'est une conséquence de ce principe, que le partage entre-vifs ne puisse comprendre que les biens présents. V. art. 1076, al. dern. Il faudrait évidemment appliquer de même toutes les autres conséquences du principe *donner et retenir ne vaut.*

243 *bis.* I. L'ancien droit consacrait deux institutions : la démission de biens et le partage *inter liberos,* qui peuvent être considérées comme les origines du partage d'ascendant, mais qui en diffèrent cependant sur bien des points.

Ainsi la démission de biens avait lieu entre-vifs, et néanmoins elle était considérée, non pas comme une libéralité, mais comme une exécution anticipée de la loi des successions, et partant elle n'était pas soumise aux formalités des donations, et se formait par le concours de la volonté du démettant et de ses héritiers présomptifs.

Secondement, elle devait, pour conserver son caractère, comprendre l'universalité des biens du démettant.

Troisièmement, le décès d'un des héritiers au profit desquels avait eu lieu la démission avant le démettant, anéantissant son droit héréditaire, la démission devenait nulle en sa personne, à moins que cet héritier ne laissât des enfants.

Enfin, la démission de biens était révocable à la volonté du démettant, excepté quand elle avait été faite par contrat de mariage, et, dans ce cas même, elle était irrévocable à l'égard seulement du successible dont le contrat de mariage avait contenu cette disposition (1).

Quant au partage entre enfants, il avait, il est vrai, la physionomie d'un acte testamentaire, mais il était traité plus favorablement, et soumis à des formes moins solennelles que le testament. Dans le droit romain il avait été, en effet, dispensé de toute condition de forme, et assujetti, seulement depuis Justinien, à la nécessité de porter la signature du disposant ou de ses héritiers (2). Les quelques coutumes qui reconnaissaient le partage entre enfants, exigeaient seulement pour sa validité la présence d'un notaire et de deux témoins, ou la rédaction d'un écrit daté et signé par le disposant; enfin l'ordonnance de 1735, articles 15 et suivants, générali-

(1) V. Pothier, Cout. d'Orléans, introd. au titre des *Successions.* Appendice.

(2) V. Cod. c., 26, *Familiæ erciscundæ :* Novell. 18, cap. 7 et 107, cap. 3.

sant cette règle, valide les partages en forme olographe dans les pays même où le testament olographe n'était pas en usage.

243 *bis*. II. Le Code Napoléon n'a pas voulu traiter le partage d'ascendant comme un acte d'une nature particulière; il semble que maintenant ce partage soit une donation entre-vifs ou un testament, et cette assimilation explique le silence du législateur sur les effets de cet acte : le renvoi contenu dans l'article 1076 a pu paraître suffisant. Il faut cependant prendre garde de donner trop d'importance à ce renvoi et à cette assimilation; par la nature même des choses, à raison du but que se propose l'ascendant, il est impossible d'attribuer au partage toutes les conséquences d'une véritable donation entre-vifs ou d'un véritable testament. Ainsi, quand le partage est fait entre-vifs, l'enfant n'est pas astreint au rapport de l'objet donné, il ne le rend pas à la masse pour prendre ensuite un lot dans cette masse; c'est l'objet donné qui est son lot. Il lui est définitivement acquis, à son grand avantage, sans doute, si cet objet a augmenté de valeur entre l'époque de la donation et celle de la mort : à son désavantage, si la valeur de l'objet a diminué pendant la même période de temps.

Que si le partage est fait par testament, les enfants ne sont pas des légataires véritables, car ils n'ont certes pas le droit de renoncer au legs pour s'en tenir à leur part *ab intestat ;* en effet, si chaque enfant conservait ce droit, il aurait dans ses mains le moyen d'anéantir à son caprice le partage fait par l'ascendant, et de contraindre ses cohéritiers à un partage judiciaire.

Peut-être aussi peut-on signaler une autre différence entre la disposition testamentaire faite à titre de partage et le legs ordinaire. Les legs sont caducs au cas de prédécès du légataire, le legs fait à titre de partage ne perdrait pas son effet au cas de prédécès de l'enfant loti, si celui-ci laissait des descendants, qui, le représentant dans la succession *ab intestat,* recueilleraient à sa place le lot que l'ascendant lui avait assigné. (Ci-dessous, n° 243 *bis*. IX.)

243 *bis*. III. On ne peut donc pas assimiler complétement les partages d'ascendants aux donations entre-vifs ou testamentaires; il faut reconnaître que ce sont des actes mixtes, participant des donations et des partages, et produisant par conséquent des effets nombreux étrangers aux simples libéralités. Pour se fixer sur les effets du partage d'ascendant, il est nécessaire de le considérer d'abord

comme acte translatif de propriété, c'est-à-dire, à l'égard du donateur et de ses ayant cause autres que les copartageants : et ensuite comme acte de répartition des biens, c'est-à-dire en ce qui touche les rapports des copartageants entre eux.

243 *bis*. IV. Au point de vue de la translation de propriété, il faut distinguer s'il s'agit d'un acte entre-vifs ou d'un acte testamentaire.

1° *Partage entre-vifs.* Par rapport à l'ascendant, cet acte n'est et ne peut être qu'une donation, par conséquent il le dépouille actuellement et irrévocablement de la propriété. Ce dépouillement actuel et irrévocable produit plusieurs conséquences : d'abord le descendant gardera son lot alors même qu'il prédécéderait, car les donations ne sont pas caduques par le prédécès, et la loi n'a pas reproduit la règle ancienne sur les démissions de biens. Il faudrait seulement réserver le droit de succession anomale de l'ascendant, si le descendant donataire mourait sans postérité. (V. art. 747.)

Secondement, le descendant pourra conserver son lot à la mort du donateur sans être astreint à accepter sa succession, car la libéralité, bien que faite en vue des droits héréditaires, a été pure et simple et non conditionnelle; il adviendrait alors ce qu'il advient des avancements d'hoirie, qui se convertissent en libéralités pures et simples par la renonciation du donataire.

En sa qualité de donateur, le disposant n'est pas tenu de la garantie des évictions, si ce n'est dans les cas exceptionnels où les donateurs sont garants.

Enfin, le partage confère à l'ascendant les droits résultant d'une donation, quant aux causes de révocation et de rescision, mais il ne lui donne pas les actions en nullité ou en rescision propres au partage, et qui ne peuvent présenter d'intérêt que pour ceux qui recueillent une part.

243 *bis*. V. Jusqu'ici il ne peut exister un doute sur les conséquences du partage d'ascendant, par rapport à l'auteur de l'acte. Mais des difficultés sérieuses s'élèvent quant aux dettes de cet ascendant. A-t-il le droit de les faire supporter par les descendants entre lesquels il a fait le partage, ou restent-elles à sa charge après comme avant la donation ?

Sur cette question trois points sont hors de toute contestation : d'abord il ne peut s'agir que des dettes présentes au moment de

l'acte; si on prétendait imposer aux descendants la charge des dettes futures, on violerait l'article 945.

Secondement, une convention expresse mettant les dettes présentes à la charge des donataires, serait valable aux termes du même article 945.

Troisièmement, en admettant même que les enfants donataires soient chargés des dettes, soit par une convention expresse, soit par l'effet même de l'acte de partage, l'ascendant ne peut en être dégagé; une convention à laquelle ses créanciers sont étrangers ne peut détruire les droits que ceux-ci ont acquis contre lui; sa succession ne peut être ouverte de son vivant, et par conséquent ses descendants ne peuvent pas prendre sa place et succéder à ses obligations, comme ils le feraient s'il était décédé, et si sa succession était véritablement ouverte.

Ainsi restreinte, la question présente encore de sérieuses difficultés parce que les textes sont muets. Elle n'est pas, du reste, spéciale au cas de partage d'ascendant, elle se présente toutes les fois qu'une donation semble réunir les caractères d'une transmission à titre universel, parce qu'alors le donataire ou les donataires paraissent devoir être tenus des dettes, en vertu des principes généraux qui régissent ce genre de transmission. M. Demante (*suprà*, n° 87 *bis*. III) a traité la question générale, et par occasion la question spéciale qui nous occupe; il a démontré qu'une donation de biens présents (et un partage d'ascendant n'est pas autre chose par rapport à l'ascendant) ne pouvait opérer, quelles que fussent les apparences, une véritable transmission à titre universel, et que l'universalité du titre n'existait qu'après la mort du transmettant; on peut ajouter, qu'en présence des règles du Code sur les donations, il est impossible de concevoir une donation entre-vifs universelle ou à titre universel, puisque la loi exige l'énonciation, par état, du mobilier donné, ce qui spécialise nécessairement les meubles faisant partie du patrimoine, et restreint aux meubles énumérés une libéralité qui, pour avoir le caractère d'universalité, devrait conférer au donataire le droit de recueillir même des biens dont le donateur eût été propriétaire à son insu.

M. Demante a néanmoins constaté que, si le donataire n'était pas tenu de plein droit des dettes, il pouvait en être grevé par la volonté du donateur, volonté qui peut se déduire des circonstances, et

notamment de l'apparence d'universalité dont le donateur aurait revêtu sa libéralité, comme aussi en matière de partage de l'idée de présuccession que réveille un pareil acte. Mais, dans tous les cas, telle est la conclusion de M. Demante : le point à résoudre se réduit à une question d'intention qui doit se décider diversement suivant les circonstances. Nous ajouterons que d'après les règles sur l'interprétation des conventions, il faudrait se montrer réservé dans une interprétation qui tendrait à imposer aux donataires une condition aussi onéreuse (1).

243 *bis*. VI. Quant aux ayant cause du donateur, s'il s'agit d'acquéreurs, l'effet du partage est déterminé, par rapport à eux, par ce que nous avons dit de son effet à l'égard du donateur; puisque la propriété a changé de mains depuis le jour de l'acte, les droits des ayant cause dépendent de la date de leur titre et de celle de la donation, sauf l'application des règles sur la transcription à l'égard des biens susceptibles d'hypothèques. (V. art. 939 et suiv.)

S'il s'agit de créanciers chirographaires, il faut leur réserver l'exercice de l'action Paulienne, quand l'acte a été fait en fraude de leurs droits; et s'ils ne peuvent faire révoquer la donation, leurs droits se bornent à leur action contre leur débiteur, sans qu'on puisse leur conférer une action directe contre les donataires, d'abord en principe à raison de la décision qui vient d'être donnée, et qui décharge les donataires de toute contribution aux dettes, puis si exceptionnellement les donataires ont accepté la charge des dettes par une convention expresse ou tacite, parce que cette convention ne peut

(1) V. en ce sens C. R. Douai, 12 février 1840. — Dev. 1840-2-393. — En sens contraire, Cass., rej. 19 février 1824. — C. R. Agen, 14 juin 1837, Dev. 1839-2-490. — Ce dernier arrêt ne discute pas la question, et quant à l'arrêt de la Cour de cassation, son principal motif est tiré de l'intérêt des créanciers, qui est cependant hors de cause, car ils conservent leur débiteur qu'ils ne pouvaient empêcher d'aliéner ses biens; ils ont de plus l'action révocatoire en vertu de l'art. 1167; et si, comme le suppose l'arrêt, le disposant a transmis tous ses biens, la preuve de la fraude, c'est-à-dire de la connaissance du préjudice causé aux créanciers, ne sera pas difficile à administrer. La Cour ajoute, que des deux voies ouvertes aux ascendants pour faire le partage, l'une ne peut pas être plus nuisible aux créanciers que l'autre. Il n'est cependant pas extraordinaire, au point de vue des principes généraux, qu'une donation, c'est-à-dire une aliénation consommée, nuise aux créanciers plus qu'un testament. En somme, on peut espérer quelque monument de jurisprudence où la question sera examinée dans ses détails.

attribuer aucun droit exclusif aux créanciers antérieurs au partage; ils peuvent seulement s'en prévaloir en concours avec tous les autres créanciers, en vertu de l'article 1166, et pour exercer les droits de leur débiteur.

243 *bis*. VII. 2° *Partage testamentaire*. En appliquant au partage les règles sur les dispositions testamentaires, on constate sans difficulté que l'ascendant n'est pas dépouillé de ses biens immédiatement comme dans le cas de partage entre-vifs, et que l'acte de partage est soumis à des causes de révocation ou de caducité qui n'affectent pas le partage entre-vifs.

La première dépend de la volonté même du disposant; tout acte de dernière volonté est essentiellement révocable : le partage testamentaire n'est donc pas définitif, il peut être révoqué par une manifestation formelle de l'intention de l'ascendant. Mais peut-on aller plus loin et attacher la force révocatoire à des actes qui, d'après l'article 1038, entraînent la révocation des dispositions testamentaires, c'est-à-dire aux actes d'aliénation? Quand le testateur aura aliéné un objet compris dans un des lots, il a révoqué certainement sa disposition en tant que legs, mais on ne saurait sans injustice penser qu'il a voulu diminuer d'autant le lot du cohéritier dépouillé, et on ne pourrait par conséquent réduire ce cohéritier à l'action en rescision pour lésion de plus du quart. Le testateur, en effet, dans un intérêt d'égalité, avait réparti ses biens entre ses héritiers; si on admet que l'aliénation d'un objet dépouille purement et simplement l'héritier auquel il avait été attribué, on considère le testateur comme ayant voulu rectifier son premier partage; mais n'exagère-t-on pas l'importance d'un acte que le testateur a pu faire par nécessité, quand on l'assimile à un nouveau partage entre les enfants? En repoussant, au contraire, en pareille matière, toute présomption comme dangereuse, nous ne faisons pas autre chose que d'appliquer la règle qui défend d'étendre l'effet des présomptions légales. L'article 1038 tire du fait de l'aliénation cette conséquence que le testateur a voulu révoquer sa libéralité; nous ne sommes pas pour cela autorisé à en conclure que l'ascendant a voulu modifier les bases de son partage.

Le moyen de respecter la disposition de l'article 1038 et le partage fait par l'ascendant, consiste à donner à l'héritier dépouillé l'action en garantie contre ses cohéritiers, comme si le testateur avait

à son insu compris la chose d'autrui dans son lot, et même à autoriser la demande en nullité du partage, si l'héritier se trouvait, par cette aliénation, privé de la partie principale de son lot, en sorte qu'il n'aurait plus sa part de biens en nature comme ses cohéritiers.

243 *bis*. VIII. Le partage testamentaire peut en outre être privé de ses effets, au moins à l'égard d'un des héritiers, par la mort de cet héritier avant le disposant; le prédécès du légataire entraîne la caducité du legs; la circonstance que ce legs est fait à titre de partage ne peut en rien modifier cette décision, puisque le prédécès de l'héritier présomptif le prive également de tout droit à la succession. Ainsi, soit qu'on examine les droits du descendant au point de vue des règles sur les legs, soit qu'on les considère au point de vue des principes sur les successions, le descendant prédécédé a perdu tout droit aux biens composant son lot; et ces biens, comme choses dont le testateur n'a pas disposé, doivent être l'objet d'un nouveau partage (art. 1077).

243 *bis*. IX. Nous venons de raisonner à propos d'un descendant prédécédé sans enfants; mais si ce descendant laissait lui-même des descendants, la solution ne devrait plus être la même; en effet, si d'après les règles sur les legs, la disposition devrait être caduque, ce qui entraînerait la nullité de tout le partage, en vertu de l'article 1078, traitée d'après les principes sur les successions, cette disposition devrait recevoir ses effets. Il ne faut pas oublier que le testament de l'ascendant n'a pas seulement pour but de gratifier ses descendants, qu'il a été fait surtout pour partager la succession entre les personnes que la loi appelait, et en raison de leurs droits légaux ; que l'ascendant n'a pas fait autre chose que se substituer à la justice, qui eût partagé ses biens après sa mort; dès lors on peut et on doit, en pareille matière, appliquer plutôt les règles des successions que celles des legs, et donner aux descendants de l'héritier prédécédé, héritiers eux-mêmes par représentation, la part que leur père avait reçue dans le testament de l'ascendant. Il faut, du reste, remarquer que si les legs sont caducs dans le cas de prédécès, parce qu'ils ont été inspirés par une affection spéciale pour le légataire, on ne saurait en dire autant de l'attribution d'un lot dans un partage; elle n'a pas eu pour mobile l'intérêt de tel enfant, mais l'intérêt général de la famille; il ne s'agit pas de gra-

tifier un des héritiers, mais d'éviter à tous les frais et les embarras d'un partage.

243 *bis*. X. Enfin le partage testamentaire est encore privé de ses effets à l'égard d'un des héritiers, quand cet héritier renonce à la succession ou est déclaré indigne; ce n'est pas, en effet, à titre de pure libéralité que les biens sont attribués aux enfants, c'est comme part dans la succession; de la volonté même du défunt, manifestée par la qualification de partage qu'il a donnée à son acte, il résulte que son intention a été de régler le sort de chacun en raison de ses droits héréditaires, et à la condition de l'existence de ces droits héréditaires. On attribuerait donc à tort à cet acte les effets d'une pure libéralité, si on autorisait le légataire à renoncer à la succession pour s'en tenir au don testamentaire qu'il a reçu.

243 *bis*. XI. Cette manière de considérer le legs fait à titre de partage, rend inutile l'examen de la question que nous avons traitée à propos des partages entre-vifs relativement aux dettes du disposant. Il ne peut pas s'agir ici d'obliger le descendant envers son ascendant, qui nécessairement n'existe plus quand le partage produit ses effets; et quant à l'obliger envers les héritiers, on pourrait y voir des difficultés, s'il pouvait se présenter comme simple légataire en renonçant à ses droits héréditaires, et encore les principes sur les legs universels nous seraient d'un grand secours; mais la recherche même du caractère du legs devient inutile, puisque nous venons de dire que le descendant ne pouvant recueillir son lot qu'à la condition d'être héritier, c'est comme héritier qu'il sera tenu des dettes.

243 *bis*. XII. A l'égard des ayant cause, acquéreurs ou créanciers du disposant, l'effet du partage testamentaire peut se déduire facilement des principes que nous venons de poser. Toute personne tenant du défunt un droit réel est préférable à ses légataires, et quant aux créanciers, une action directe leur est assurée puisque l'enfant légataire doit être en même temps et nécessairement héritier.

243 *bis*. XIII. Il reste à considérer le partage d'ascendant comme acte de répartition de biens, à déterminer quels sont les rapports qu'il crée entre les descendants copartagés. Sur ce point on ne doit plus distinguer entre les partages entre-vifs et les partages par testament; la forme de l'acte ne peut avoir d'influence sur les rela-

tions des parties apportionnées entre elles, puisque ces relations sont la conséquence, non plus de la libéralité de l'ascendant, mais du fait de la répartition des biens, qui est le même dans les deux cas.

243 *bis*. XIV. Les rapports des copartagés entre eux sont ceux qui résultent naturellement du partage, d'après les principes posés au titre des successions. Ainsi, les descendants entre lesquels le partage a eu lieu se doivent mutuellement la garantie de leurs lots (art. 884), et ils jouissent les uns comme les autres du privilége des copartageants (art. 2103, 2109). Ces règles ont leur fondement dans la nécessité de faire régner une égalité vraie, et non pas simplement apparente, entre les copartageants, et l'égalité doit aussi bien être respectée dans un partage d'ascendant, que dans un partage ordinaire.

243 *bis*. XV. Ce n'est donc pas sur l'application en principe des articles 884 et 2103, soit au partage entre-vifs, soit au partage testamentaire, que des difficultés peuvent naître. Mais quant au partage entre-vifs, il reste encore un point à éclaircir. A quelle époque cet acte produit-il les effets d'un partage? Reste-t-il une donation simple jusqu'au décès du donateur pour devenir un partage et produire à cette époque-là seulement les effets que nous venons d'indiquer, ou a-t-il immédiatement le caractère et les effets du partage? On conçoit, en effet, qu'on soit tenté de refuser à cet acte les effets d'un partage tant que vit l'ascendant, puisque les donataires peuvent ne jamais devenir cohéritiers, soit à raison du prédécès, soit à raison de la renonciation de l'un d'eux, et alors il semble étrange de traiter d'avance comme cohéritiers des personnes qui ne recueilleront peut-être jamais la même succession.

Cette objection devrait être décisive, si les obligations et droits des copartageants n'existaient qu'en matière de succession; mais les règles qui régissent les rapports des copartageants sont bien plus générales, elles s'appliquent à tout partage d'une ou de plusieurs choses communes; or, la pensée du disposant qui a distribué son patrimoine entre ses enfants ne peut être douteuse. Il a procédé par donations entre-vifs, il n'a pas subordonné le dépouillement qu'il s'imposait et l'acquisition faite par ses enfants à la condition que ceux-ci seraient ses héritiers. Cependant il a déclaré faire un partage, c'est-à-dire une œuvre d'égalité. N'est-il pas évi-

dent dès lors qu'il n'a pas voulu faire des libéralités isolées, ne produisant que plus tard les effets d'un partage, mais qu'au contraire il y a eu dans sa pensée une libéralité collective au profit de tous les enfants, et ayant pour objet tous les biens partagés, puis une répartition entre eux de ces différents biens dans des conditions d'égalité. Cette attribution collective de tous les biens partagés est le fait qui assure à l'acte de l'ascendant le caractère d'un partage, du vivant même de cet ascendant, et qui permet d'accorder aux enfants les droits destinés, dans la législation sur les partages, à assurer l'égalité vraie entre les différentes parties. Il faut bien reconnaître, du reste, qu'envisager ainsi l'acte de l'ascendant, c'est lui donner les conséquences probables qui découlaient de l'intention du disposant. Car, autrement, il se trouve avoir qualifié partage, un acte qui n'en aura peut-être jamais les caractères et les effets, bien que la loi l'autorise expressément à le faire; de plus il a voulu rendre égale la position de ses enfants, et si nous suspendons jusqu'à son décès l'action en garantie, il est possible que l'un de ses enfants soit privé pendant de longues années de toute part dans les biens paternels, parce qu'il a subi une éviction.

243 *bis*. XVI. La solution de cette question entraîne une décision sur un autre point; quand il s'agit de déterminer à partir de quelle époque courent les délais attribués à des copartageants, par les articles 2109 du Code Napoléon et 6 de la loi du 23 mars 1855, on peut éprouver quelques hésitations, si on considère les effets propres au partage comme suspendus jusqu'à la mort de l'ascendant; mais, dans notre système, il n'y a aucune difficulté à appliquer dans leurs termes les articles dont il s'agit, puisque l'acte de donation est bien réellement et à l'instant même un acte de partage (1).

Pour le partage testamentaire, tout le monde, au contraire, est d'accord par d'autres motifs. Le délai pour prendre inscription ne peut pas courir du jour de l'acte, puisque cet acte est essentiellement révocable, peut-être inconnu des descendants, et qu'il ne peut produire aucun effet tant que l'ascendant n'est pas mort.

243 *bis*. XVII. L'article 1076 soumet les partages d'ascendants aux conditions et règles des donations ou testaments. Il est muet

(1) V. C. Montpellier, 19 février 1852. Dev. 1855-2-669.

sur les règles et conditions des partages. De ce silence de la loi est née la question de savoir si l'ascendant était astreint aux règles imposées par les articles 826 et 832, quant à la composition des lots, ou s'il était libre de répartir ses biens à son caprice, et d'attribuer à ses enfants des biens de nature différente, de donner, par exemple, tous les immeubles à l'un des enfants, et les meubles ou l'argent comptant à l'autre, ou même d'attribuer à l'un d'eux tous les biens héréditaires, en le chargeant de payer à l'autre une valeur en argent.

Cette question doit être résolue, ce nous semble, par une distinction entre les partages entre-vifs et les partages testamentaires. Dans le premier de ces actes, les pouvoirs de l'ascendant ne doivent pas être soumis à des restrictions, parce qu'il n'agit pas seul, qu'il n'impose pas sa volonté, que le partage est l'œuvre de l'ascendant et de tous ses descendants, qu'il résulte d'une convention entre personnes capables ou dûment autorisées, convention contre laquelle il est impossible de trouver aucune cause de nullité ou de rescision des conventions en général, ou en particulier des partages. Si on examine, en effet, les objections qui pourraient s'élever contre la force que nous attribuons au consentement des descendants, on ne trouve pas une raison décisive pour infirmer la convention intervenue. Dira-t-on qu'il s'agit d'un pacte sur une succession future? On ne tiendrait pas compte alors de l'article 1075, qui, autorisant le partage par donation entre-vifs, c'est-à-dire par convention, autorise exceptionnellement ce genre de pacte, ainsi que l'ont fait par exemple les articles 761 et 918. Bien plus, on négligerait de prendre en considération l'effet actuel et immédiat de la donation, on la traiterait comme ne devant avoir son effet qu'à la mort de l'ascendant, tandis que par le dépouillement actuel du donateur, les donataires sont investis de la propriété, et partagent par leur convention non pas des biens dont ils seront propriétaires dans l'avenir, mais un patrimoine qui leur appartient dès à présent, non pas une succession future, mais des biens actuellement acquis.

Si l'acte qui nous occupe n'est pas nul comme pacte sur une succession future, il doit bien plus sûrement résister à toutes les autres attaques qu'on pourrait diriger contre lui. Redoute-t-on l'influence de l'ascendant, pense-t-on que les descendants n'ont

pas eu leur liberté, qu'ils ont accepté de mauvaises conditions, dans la crainte de voir leur père faire à leurs frères et sœurs les avantages permis? Ceci ne tendrait à rien moins qu'à rendre impossible tout contrat, non-seulement entre un père et son fils, mais entre une personne et son héritier présomptif. Celui-ci pourrait toujours attaquer l'acte, sous prétexte qu'il a craint de mécontenter son parent et d'être privé par lui de sa succession, et si ce n'est pas cette considération d'intérêt qui a pu agir, si ce n'est que la crainte révérentielle, l'article 1114 déclare formellement qu'elle n'est point une cause de rescision.

Les règles générales sur les contrats ne permettent donc pas d'annuler l'acte dont il s'agit. Il ne faut pas, du reste, oublier, quand on discute cette question, que si, en droit, les partages doivent donner à chaque copartageant des parts égales non-seulement en valeur, mais encore en nature de biens, il faut bien reconnaître que la seconde égalité est d'un intérêt bien secondaire comparée à la première, et qu'on peut concevoir facilement que des héritiers y aient renoncé sans qu'ils aient subi pour cela de la part de l'ascendant une pression irrésistible.

En réalité, dans la plupart des hypothèses, l'action en rescision fondée sur la différente nature des valeurs, dissimulera une action en rescision intentée hors des cas où cette action est permise. C'est-à-dire qu'il s'agira d'une lésion inférieure au quart ou d'une lésion qui n'existait pas lors du partage, mais qui résulte de circonstances postérieures, ayant modifié la valeur respective des lots. Dans ces deux hypothèses, l'intérêt véritable du demandeur en nullité n'est pas de nature à faire prononcer la nullité d'après les principes de notre chapitre. Au contraire, leur intérêt apparent, celui qui sert de prétexte à leurs actions, comme dans les autres cas l'intérêt unique des demandeurs, est assez minime pour qu'on puisse sans danger respecter les principes sur la validité des conventions (1).

(1) V. C. R. Nîmes, 11 février 1823, 2e motif; C. R. Caen, 27 mai 1843, Dev. 1843-2-575. La distinction que nous indiquons entre les partages entre-vifs et les partages testamentaires n'est pas consacrée par la jurisprudence; loin de là, presque tous les arrêts qui ont posé le principe sur la nécessité de l'égalité en nature de biens dans les partages d'ascendants, ont statué à propos de partage entre-vifs. Il est vrai de dire que dans les considérants de ces arrêts, et particulièrement dans

243 *bis*. XVIII. Si maintenant nous supposons un partage testamentaire, nous nous trouvons en présence de la véritable question sur les pouvoirs de l'ascendant, puisque l'acte émane de lui seul, et qu'on ne peut objecter aux descendants l'adhésion donnée par eux au testament fait par le disposant. Ici les principes sur le partage reprennent leur empire, et la règle sur l'égalité en nature de biens apparaît comme une règle fondamentale, dérivant non-seulement des articles 826 et 832, mais de la nature même du droit de copropriété. La copropriété d'une masse de biens emporte nécessairement la copropriété de chacun des objets composant cette masse; partager l'ensemble sans donner à chacun des copropriétaires une part dans chaque nature de biens, sinon une part dans chaque bien, c'est porter atteinte à son droit de propriété, c'est substituer arbitrairement une opération à une autre, un échange à un partage. Quand la loi a donné à l'ascendant le droit de partager ses biens, on doit supposer qu'elle n'a pas voulu lui permettre de faire sous le nom de partage un acte d'une autre nature, qu'elle l'a seulement mis à la place de l'autorité judiciaire qui eût fait le partage après sa mort, c'est-à-dire qu'elle ne l'a pas dispensé de l'observation des règles essentielles du partage, dont rien dans ses termes n'annonce qu'elle a voulu proscrire l'application (1).

243 *bis*. XIX. L'application aux partages d'ascendants des articles 826 et 832, suppose qu'en fait la succession se compose d'objets partageables et dont il est facile de faire des lots à peu près

ceux de la Cour de cassation, on trouve presque toujours discutée la question de principe, mais non pas l'objection tirée du consentement de l'ascendant. (V. C. c., Cass. 11 mai 1847; Dev. 1847-1-513. — C. c., Cass. 18 décemb. 1848; Dev. 1849-1-257; C. c., Rej. 28 février 1855; Dev. 1855-1-785. — C. c., Rej. 25 février 1856; Dev. 1856-1-307. — C. c., Rej. 11 août 1856; Dev. 1856-1-781. — C. Rejet, 9 juin 1857; Dev. 1857-1-685.) Les seuls arrêts qui aient envisagé et discuté la question à notre point de vue, sont, dans notre sens, les deux arrêts de Nîmes et de Caen cités plus haut, et en sens contraire deux autres arrêts, l'un de Caen, 15 juin 1835; Dev. 38-2-521; l'autre de la Cour d'Agen, 30 janvier 1856, Dev. 1856-2-193. La jurisprudence peut donc être considérée comme n'ayant pas dit son dernier mot sur la question ainsi envisagée.

(1) V. tous les arrêts cités n. 143 *bis*. XVII, qui posent le principe à propos de partages entre-vifs; et spécialement en ce qui concerne les partages testamentaires: C. c., Cass. 18 déc. 1855; Dev. 1856-1-305; et C. I. Rouen, 20 février 1857; Dev. 1857-2-536.

égaux, sauf à compenser par des soultes les différences légères qui peuvent exister dans la valeur des différents lots (art. 833); mais il peut arriver, au contraire, que les biens soient impartageables, que des lots égaux ne puissent être composés. En pareille hypothèse il faut, pour être logique, appliquer l'article 827, et soumettre à une licitation l'objet ou les objets impartageables. On ne saurait, en effet, reconnaître au disposant le droit de faire par lui-même une opération analogue à la licitation, et d'attribuer à l'un de ses héritiers le bien impartageable, en donnant aux autres l'argent comptant ou les valeurs mobilières existant dans la succession, ou même à défaut de semblables valeurs, en imposant à l'héritier qui reçoit le bien en nature, l'obligation de payer une certaine somme à ses cohéritiers.

Nous avons, en effet, reconnu avec une jurisprudence constante que l'ascendant n'avait pas le pouvoir de composer à sa fantaisie les lots de ses héritiers, et nous avons trouvé cette restriction à ses droits, non pas dans le chapitre sur les partages d'ascendant, mais dans celui sur les partages en général. Or, où puiserait-on le droit de faire un choix dans les dispositions de ce chapitre, d'appliquer les articles 826 et 832 et de repousser l'article 827? Ce dernier consacre, comme les précédents, un droit fort important pour les copropriétaires, celui d'éviter les conséquences d'une estimation ou expertise souvent difficile, et de faire fixer la valeur des biens par une enchère; pourquoi dépouillerait-on les cohéritiers de ce droit, quand on leur conserve précieusement celui d'obtenir des lots en nature? Pour être conséquent, qu'on accorde à l'ascendant une latitude que justifieraient son titre d'ascendant, l'affection qu'il a pour ses enfants, et la connaissance qu'il peut avoir de leur position, de leur caractère et de leurs besoins : qu'on refuse, en un mot, de l'astreindre à aucune des conditions des partages ordinaires. Mais si on impose aux pouvoirs de l'ascendant certaines limites, si on le soumet à l'article 826, peut-on logiquement le soustraire à l'article 827? Si on compare ses pouvoirs à ceux de la justice quand il s'agit de la composition des lots, peut-on l'autoriser, quant à la licitation, à faire ce que ne pourrait faire un jugement? Ces considérations prennent plus de force encore quand on réfléchit que, si la succession ne contient pas de valeur mobilière pour composer les lots de ceux qui n'auront pas l'immeuble, la doctrine que nous combattons a pour effet de contraindre un des

héritiers à acheter un immeuble, et à payer de ses biens personnels le prix à ses cohéritiers, quand ses ressources pécuniaires sont peut-être au-dessous d'une pareille obligation. Les arrêts qui ont traité la question n'ont pas envisagé ce côté de la difficulté, parce qu'ils ont été rendus dans des espèces où l'estimation était favorable à l'héritier qui recevait l'immeuble, et sur l'action de ceux qui étaient réduits à une part en argent; mais il est permis de croire que, le cas échéant, les tribunaux hésiteraient à considérer comme inattaquable un prétendu partage qui ferait d'un des héritiers un acheteur malgré lui (1).

244. Une autre conséquence de l'article 1076, qui, pour n'être pas exprimée, n'en est pas moins certaine, c'est que le renvoi aux règles des testaments prive les père et mère de la faculté précieuse de faire conjointement, à cause de mort, le partage de leurs biens (v. art. 968). En outre, la communauté, qui ordinairement subsiste entre eux, et qui ne peut, en général, se liquider tant qu'ils vivent tous deux, laissant dans l'incertitude la consistance et la nature des biens qui composeront la succession du prémourant, la faculté de partager ses biens entre ses enfants n'existe vraiment dans sa plénitude que pour le parent survivant. Si donc les deux époux d'accord veulent prévenir, pendant leur vie, les difficultés auxquelles pourront donner lieu, après leur mort, la liquidation et le partage tant de leur communauté que de leurs successions respectives, ils n'ont d'autre moyen que de faire accepter par leurs enfants un partage entre-vifs, et de se dépouiller ainsi de leur vivant.

245. C'est un principe en matière de partage, que l'omission de quelques-uns des objets à partager n'annule pas l'opération pour le surplus (v. art. 887). Cette règle reçoit ici son application. V. art. 1077.

245 *bis*. I. L'opération prescrite par l'article 1077 est un supplément au partage et non pas un nouveau partage comprenant tous les biens, même ceux qui avaient été l'objet des dispositions

(1) V. en sens contraire C. c., Rej. 9 juin 1857, Dev. 1857-1-685; C. R. Caen, 15 juin 1835, Dev. 1838-2-321.

de l'ascendant; les termes de l'article 1077, rapprochés de ceux de l'article 887, ne laissent aucun doute sur ce point. Il serait, par conséquent, impossible d'astreindre les descendants à rapporter ce qu'ils ont reçu. En effet, non-seulement ce rapport aurait pour résultat nécessaire l'anéantissement de l'acte fait par l'ascendant, mais les règles mêmes du rapport ne permettent pas d'accepter cette solution, car le donateur peut dispenser ses donataires de l'obligation de rapporter, et on doit voir sans difficulté cette dispense, manifestée en termes exprès, sinon sacramentels, dans les expressions de l'acte par lequel l'ascendant a attribué à chacun de ses enfants tel ou tel bien, pour lui tenir lieu de lot après sa mort.

245 *bis*. II. Si nous considérons les descendants comme dispensés par la volonté du défunt du rapport des biens compris dans leur lot, nous bornons cette solution au cas où il s'agit du rapport véritable imposé par l'article 843, et dont la clause de préciput libère l'héritier; mais nous ne l'étendons pas à ce qu'on a improprement appelé dans la doctrine et dans la jurisprudence le *rapport fictif;* nous considérons les biens compris dans le partage entre-vifs comme soumis à la règle de l'article 922, c'est-à-dire que nous exigeons, quand il s'agit du calcul de la quotité disponible, que la valeur de ces biens soit additionnée avec celle des biens existants en nature pour composer la masse sur laquelle on détermine une portion disponible et une réserve. C'est cette opération sur le papier, ce calcul de la valeur des biens, qu'on a quelquefois appelé rapport fictif, et qu'on a proscrit, précisément parce qu'on a été entraîné par cette dénomination à lui supposer des effets analogues à ceux du rapport.

C'est en invoquant le principe de l'irrévocabilité des donations et des partages qu'on a contesté l'application de l'article 922 au cas qui nous occupe. L'ascendant est dépouillé, a-t-on dit, de la propriété; soumettre ces biens à un rapport même fictif, c'est attenter à la propriété du descendant, c'est donner au donateur le droit de revenir sur l'acte qu'il a fait et d'en diminuer les effets par des actes de sa volonté. C'est laisser en suspens, jusqu'à la mort du père, le sort de la famille que le partage avait dû fixer. Enfin, c'est violer l'article 1077, puisqu'on soumet à un nouveau partage les biens déjà partagés.

Tous ces raisonnements pourraient avoir une grande valeur s'il

s'agissait d'un véritable rapport. Mais l'imputation des biens partagés dans la masse active, aux termes de l'article 922, ne présente aucun des caractères du rapport. C'est une simple opération arithmétique qui laisse les choses dans l'état où elles sont, et qui par conséquent n'est en rien contraire soit à l'irrévocabilité des donations, soit à la stabilité des partages.

Comment craindre, en effet, que l'application de l'article 922 à l'espèce, permette à l'ascendant de révoquer sa donation par des libéralités postérieures? Le calcul que nous proposons de faire augmente, il est vrai, le chiffre nominal du disponible en augmentant le chiffre de l'actif héréditaire; mais qu'arrivera-t-il quand il s'agira d'attribuer à un légataire ou à un donateur postérieur cette quotité disponible ainsi fixée et augmentée? Ou les biens non compris dans le partage sont suffisants pour parfaire les droits de ce légataire ou de ce donataire, et alors notre calcul n'aura pas porté atteinte aux droits acquis des enfants copartagés, il aura seulement diminué ou anéanti leurs droits sur les biens non partagés, ce qui en réalité n'est pas un résultat déplorable, puisqu'il tend à donner encore, même après le partage entre-vifs, une certaine sanction à la puissance paternelle; ou les biens non partagés seront insuffisants pour compléter le droit du nouveau donataire, mais alors les enfants précédemment investis ne verront pas leurs lots diminuer et les donations par eux reçues réduites, parce qu'en vertu des principes sur la réduction, les donations plus récentes ou les legs doivent souffrir d'abord de l'insuffisance du disponible.

Les mêmes raisons détruisent les arguments tirés de l'article 1077 et de la nécessité d'assurer les partages d'ascendants contre toute chance d'instabilité. Il n'y a pas lieu à nouveau partage, puisqu'il s'agit non d'un rapport mais d'un simple calcul; l'acte de l'ascendant reste immuable comme pacte de famille, puisque l'insuffisance même du disponible ne permettrait pas de dépouiller les enfants lotis.

Enfin, en s'attachant aux textes, l'article 922 exige cette imputation des biens donnés : la loi n'a jamais distingué les biens partagés par l'ascendant des biens donnés; loin de là, dans l'article 1076, elle soumet les partages entre-vifs aux règles des donations; dès lors, rien n'autorise à faire sur ce point une distinction qui tendrait à dépouiller presque entièrement l'ascendant du droit

de disposer à titre gratuit de la portion des biens qui lui reste, après qu'il a fait le partage entre ses descendants (1).

246. Mais un partage ne peut être valable s'il n'est fait entre tous les ayant droit. Ainsi, celui qui est fait par l'ascendant, entre-vifs ou par testaments, est absolument nul, s'il ne comprend pas tous les enfants appelés, au jour de sa mort, à recueillir la succession, soit de leur chef, soit par représentation.

C'est une conséquence de ce principe, que les enfants compris dans le partage ne restent pas indéfiniment exposés à l'action de ceux qui n'y sont pas compris, jusqu'à ce qu'il plaise à ceux-ci de les attaquer, et qu'ils puissent eux-mêmes en provoquer un nouveau. V. art. 1078.

246 *bis*. I. L'acte de l'ascendant perdrait son caractère si quelqu'un des héritiers avait été omis, puisque cet héritier n'aurait pas pu être dépouillé de son droit indivis sur chacun des biens de la succession, et de la chance qui lui appartient, en vertu des règles sur la copropriété, d'avoir une part dans chaque bien ou dans chaque nature de biens. Mais pour que le partage soit infecté du vice d'omission, il faut qu'en réalité un droit héréditaire ait été méconnu; il ne suffira pas, par conséquent, qu'un enfant existant lors du partage ait été omis; s'il est mort avant l'ascendant, il n'a jamais eu de droit à la succession de celui-ci, et le partage ne peut être attaqué comme violant un droit qui n'a pas existé. Il faut dire la même chose quand l'héritier omis survit au défunt mais renonce à la succession, ou est exclu comme indigne, malgré les termes de l'article qui semblent prendre en considération le simple fait de l'existence d'un descendant omis; il résulte avant tout des dispositions de l'article, qu'il s'agit d'une nullité du partage et non de la donation ou du testament : or comment déclarer nul un partage à cause de l'omission d'une personne qui n'a pas droit et n'a jamais eu droit à une part?

(1) V. C. I. d'Amiens, 12 juillet 1855, Dev. 1856-2-97. — Jug. du trib. de Cambrai, 13 juin 1856, confirmé par arrêt C. I. Douai, 12 fév. 1857, Dev. 1857-2-497. — C. I. Colmar, 21 mars 1857, Dev. 1857-2-499. — En sens contraire, C. c., Rejet. 4 février 1845, Dev. 1845-1-305. — C. I. Rouen, 25 janvier 1855, Dev. 1856-2-98.

246 *bis*. II. L'omission des descendants des enfants prédécédés appelés à la succession de leur aïeul par représentation, aurait les mêmes conséquences que l'omission d'un héritier au premier degré; c'est ce que dit l'article et ce qui ne pouvait faire difficulté, puisque ces petits-fils sont héritiers, et par conséquent ont droit à une part dans la succession; mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'enfant prédécédé que représentent ces descendants n'ait pas lui-même reçu une part dans le partage d'ascendant, c'est-à-dire que la branche tout entière ait été omise. Autrement le fait que les descendants ne seraient pas personnellement apportionnés, serait sans influence sur la validité du partage.

En effet, ou il s'agira d'un partage testamentaire, ou il s'agira d'un partage entre-vifs. Dans le premier cas, nous avons déjà dit que le lot du père était attribué par représentation à ses enfants, qui dès lors ne peuvent plus se plaindre du partage; dans la seconde hypothèse, les petits-fils représentant leur père, peuvent être véritablement dépouillés, surtout s'ils ont renoncé à la succession paternelle; mais ce n'est pas une raison pour qu'ils attaquent le partage, car leur souche a été lotie, et d'ailleurs s'ils faisaient tomber l'acte de l'ascendant, ils devraient dans le nouveau partage rapporter la libéralité faite à leur père (v. art. 848), ce qui pour eux produirait le même effet que le maintien du partage d'ascendant.

246 *bis*. III. Les enfants légitimes ne sont pas toujours propriétaires exclusifs de la succession paternelle, les enfants naturels viennent en concours avec eux; bien qu'ils ne soient point héritiers, ceux-ci sont propriétaires d'une part de la succession; en cette qualité ils ont droit de demander un partage, c'est-à-dire d'exiger un lot composé en biens héréditaires et déterminé par un tirage au sort; par conséquent le partage fait par l'ascendant méconnaîtra le droit d'un copropriétaire s'il omet un enfant naturel, et cette omission doit entraîner la nullité de ce partage.

247. Le partage fait par l'ascendant peut, comme tout autre acte de ce genre, être attaqué pour lésion de plus du quart, et ce, quand même le copartageant ne se trouverait pas, par l'effet de cette lésion, privé de sa réserve; car la nature de l'acte ne permet pas de considérer l'avantage résultant pour les autres de la plus-value de leurs lots, comme

une libéralité permise dans les limites de la quotité disponible. La différence dans la valeur des lots est regardée comme le résultat d'une erreur, qui, lorsqu'elle est considérable, doit vicier l'acte entier.

Toutefois, il est un cas où la plus-value du lot d'un des copartageants est considérée par la loi comme un avantage fait à dessein; c'est lorsque le montant de cette plus-value, réuni à celui des dispositions par préciput faites à son profit, excède la quotité disponible. La double circonstance du préciput et de l'avantage résultant du partage, faisant alors supposer la fraude, suffit pour vicier une opération qui doit avoir l'égalité pour base; c'est donc là une seconde cause de rescision. V. art. 1079.

247 *bis*. I. L'article n'a pas seulement pour but de protéger la réserve de chaque enfant, car un des cohéritiers peut être lésé de plus du quart sans que pour cela sa réserve soit atteinte; il a donc l'action en rescision dans un cas où il n'aurait pas l'action en réduction. *Exemple* : Un père a deux enfants, et un patrimoine d'une valeur de 240. Quotité disponible 1/3, c'est-à-dire 80. La réserve de chaque enfant est de 80. Si le père partage ses biens entre ses enfants sans annoncer l'intention d'avantager l'un d'eux, et qu'il donne à l'un un lot valant 155, et à l'autre un lot valant 85, ce dernier aura l'action en rescision, parce qu'il est lésé de 35 et que le quart de sa part *ab intestat* serait de 30, tandis que sa réserve n'est pas entamée, et loin de là, puisqu'il aurait pu être réduit à 80 par des libéralités de son père.

A l'inverse, un héritier peut recevoir dans le partage un lot supérieur à sa part augmentée du quart, sans que les autres héritiers puissent se plaindre, parce que chacun d'eux n'aura pas subi une lésion de plus du quart. *Exemple :* Un père a quatre enfants, et un patrimoine d'une valeur de 240 : la part de chaque enfant devrait être égale à 60. Il donne à l'un d'eux un lot de 90 et à chacun des trois autres un lot de 50. Bien que le premier ait reçu plus d'un quart en sus de sa part, le partage n'est pas rescindable, car aucun des trois autres cohéritiers n'est lésé de plus du quart de la sienne.

247 *bis*. II. Dans le second cas prévu par l'article 1079, une simple lésion de beaucoup, peut-être, inférieure au quart, donne à l'enfant le droit d'attaquer le partage; c'est qu'alors à cette circonstance d'une erreur réelle ou prétendue sur la valeur des lots, se joint une autre circonstance très-significative, l'attribution ostensible de tout le disponible à l'un des enfants, à celui précisément qui profite de l'appréciation erronée des objets composant chaque lot. *Exemple :* Un père a deux enfants et un patrimoine valant 60; il donne par préciput 20 à l'un des enfants, et dans le partage, au lieu de lui attribuer un lot d'une valeur de 40, représentant exactement sa part de réserve et la libéralité par préciput, il lui alloue un lot valant 42. Le second enfant, qui n'a plus que 18, n'est pas lésé du quart, mais il peut attaquer le partage, parce que les faits font présumer que l'ascendant a agi avec intention, et que son estimation inexacte des lots a eu pour but d'avantager l'un des enfants, au delà des limites déterminées par la loi.

Le partage, au reste, est seul vicié en pareil cas, et la disposition par préciput doit être respectée, parce que le testateur avait le droit de la faire, et qu'elle est entièrement indépendante de la répartition des lots.

247 *bis*. III. Cette seconde disposition de l'article 1079 contient une exception à la première partie de l'article et à la règle générale des partages, aussi doit-on, sans hésiter, en restreindre l'application au cas strictement prévu. Si donc on supposait à peu près les mêmes faits, mais avec cette différence que le disponible aurait été donné à un étranger, bien que l'enfant réduit à un lot de 18 pût dire que sa réserve est entamée, cependant, comme cette atteinte à la réserve résulte non pas des libéralités, mais du partage, et que dans l'opération du partage l'enfant n'est pas lésé du quart de sa part, cet enfant n'a aucun moyen pour faire modifier les dispositions de son ascendant. Il est dans la position d'un héritier, qui, partageant après la mort de son auteur le patrimoine réduit par des libéralités à la seule réserve, subirait par l'effet de ce partage une lésion inférieure au quart : il ne pourrait attaquer ni les libéralités ni le partage, et cependant, en résultat définitif, il serait privé d'une portion de sa réserve.

247 *bis*. IV. Dans les deux hypothèses prévues par l'article 1079, le vice du partage consiste dans l'inégalité des lots. Ce vice peut

être réparé. Aucune des dispositions du chapitre sur les partages d'ascendant ne contient la prohibition d'appliquer ici l'article 891; l'héritier qui veut éviter un nouveau partage pourra donc offrir à l'héritier lésé le supplément de sa part. Les raisons qui justifient l'article 891 existent aussi bien pour les partages d'ascendants que pour les partages ordinaires. Il ne saurait donc exister de doute sur ce point, si ce n'est dans le deuxième cas de l'article 1079, parce qu'il s'agit d'une rescision propre au partage d'ascendant, et résultant de la combinaison des principes de la réserve avec ceux du partage. On doit cependant assimiler les deux cas. Dans le deuxième comme dans le premier, le vice consiste dans la lésion; si dans le deuxième, à la question de lésion se mêle celle de réserve, c'est que pour admettre une rescision quand la lésion est inférieure au quart, il faut une circonstance aggravante. Mais nous avons déjà remarqué que le vice de l'acte ne consistait pas dans l'atteinte portée à la réserve, puisque l'héritier pouvait être quelquefois impunément privé d'une portion de sa réserve : que la libéralité par préciput restait valable et que le partage seul était infirmé; d'où cette conséquence nécessaire, qu'il faut appliquer les règles sur le partage, et admettre notamment les moyens qui, de droit commun, font obstacle à l'action en rescision.

247 *bis*. V. La loi s'est contentée d'indiquer les causes qui permettent d'attaquer le partage fait par l'ascendant; il faut déterminer, dans le silence du texte, la durée des différentes actions en nullité du partage, et le point de départ des délais pendant lesquels ces actions peuvent être intentées.

1° Pour fixer la durée de l'action, il faut distinguer quel est le vice du partage, et pour chacun des vices, si le partage a été fait par testament ou entre-vifs.

Nous avons considéré comme vices entachant le partage, la composition des lots contraire à l'article 832, l'omission d'un des héritiers, la lésion de plus du quart, et la lésion simple dans le cas de l'article 1079 2°. Il faut reprendre ces diverses hypothèses.

247 *bis*. VI. Nous avons établi, n° 243 *bis*. XVII, XVIII, que la violation de l'article 832 dans la composition des lots ne viciait pas le partage par acte entre-vifs, mais seulement le partage testamentaire; le descendant qui veut attaquer ce partage jouit alors du délai de trente ans, délai général des prescriptions, toutes les fois

qu'une disposition spéciale n'a pas assigné à l'action une autre durée (art. 2262). Or, on ne saurait trouver ici la règle spéciale fixant le délai de la prescription, car il ne faut pas appliquer l'article 1304 sur les actions en rescision, il est particulier aux rescisions de conventions, et il s'agit de la rescision d'un acte qui n'est point une convention, qui émane au contraire de la volonté de l'ascendant seul, et qui en conséquence échappe à la règle de l'article 1304.

247 *bis*. VII. L'omission d'un des héritiers produit, aux termes de l'article 1078, la nullité du partage à l'égard de l'enfant omis et aussi à l'égard des enfants apportionnés. L'action qui compète aux descendants omis n'est pas une véritable action en nullité du partage. Cette opération, à laquelle ils ont été étrangers, est non avenue à leur égard, c'est une action en pétition d'hérédité qui se prescrit dans les conditions de la pétition d'hérédité, c'est-à-dire par trente ans; et à l'égard des autres cohéritiers, bien qu'il ne s'agisse pas d'une action en revendication de leur part héréditaire, le délai doit être le même, car la disposition de l'article 1078 qui les concerne a pour but de les soustraire à l'incertitude où les laisserait la crainte d'une attaque de la part de l'enfant omis; et pour que ce but soit atteint, il faut qu'ils aient l'action en nullité aussi longtemps qu'ils sont exposés à la pétition d'hérédité.

Il n'y a pas lieu, du reste, de distinguer ici le partage entre-vifs et le partage testamentaire, car la nature de l'acte de partage est sans influence sur le droit de l'enfant omis à réclamer une part héréditaire; son droit est le même, quel que soit l'acte qui l'a dépouillé, et n'a, dans tous les cas, commencé qu'au décès de l'ascendant dont il revendique la succession.

247 *bis*. VIII. Restent les deux causes de nullité indiquées par l'article 1079. Dans le premier des deux cas prévus par cet article, celui de lésion de plus du quart, l'action contre un partage entre-vifs est une véritable action en rescision d'une convention, et par conséquent doit durer dix ans, d'après l'article 1304. Au contraire, s'il s'agit d'attaquer un partage testamentaire, comme l'article sur la rescision des conventions ne peut être appliqué aux testaments, le droit d'intenter l'action durera trente ans (art. 2262).

Nous assimilerons quant au délai l'action fondée sur la deuxième partie de l'article 1079, à l'action en rescision pour lésion proprement dite. On pourrait cependant hésiter, dans le cas de partage

entre-vifs, à adopter le chiffre de dix ans comme étant celui de la durée de l'action, parce qu'on pourrait considérer cette action comme tendant plutôt à la réduction d'une libéralité excessive qu'à la rescision d'un partage. Mais nous avons déjà démontré, qu'il ne fallait pas confondre le droit de l'héritier avec le droit de demander la réduction, qu'il s'agissait uniquement d'une rescision de partage, rescision admise pour une lésion inférieure au quart, et dans une circonstance particulière. De là, nous devons nécessairement conclure qu'il faut appliquer dans le deuxième cas de l'article 1079 les règles que nous avons données pour le premier cas.

247 *bis*. IX. 2° La détermination du point de départ de ces différents délais présente peu de difficulté quand on suppose un partage testamentaire. C'est du jour du décès de l'ascendant que l'acte produit son effet; de ce jour seulement il peut être attaqué, et, par suite, de ce jour seulement court le délai pour intenter l'action.

247 *bis*. X. Mais quand le partage est fait entre-vifs, il devient nécessaire de faire des distinctions, suivant la nature du vice qui permet d'attaquer l'acte de l'ascendant. Parmi les causes de nullité du partage, il en est, en effet, qui supposent nécessairement le décès de l'ascendant, et qui ne peuvent donner lieu à une action qu'après ce décès. Quand il s'agit, par exemple, de l'omission d'un héritier, l'action de l'héritier omis est, nous l'avons dit, plutôt une pétition d'hérédité qu'une demande en nullité de partage; cette action suppose en sa personne la qualité d'héritier, et ne peut être prescrite qu'à partir de l'ouverture de la succession; l'action correspondante des cohéritiers, dans la même hypothèse, doit, comme nous l'avons dit, avoir la même durée, et par conséquent la prescription de leur action doit avoir le même point de départ que celle de l'action qui appartient à l'enfant omis.

247 *bis*. XI. Il faut rapprocher de cette hypothèse, quant au point de départ du délai de prescription, l'action fondée sur la deuxième partie de l'article 1079; le descendant, il est vrai, s'appuie sur la lésion pour demander la nullité du partage, mais comme il ne peut invoquer la lésion qu'autant que les règles sur la réserve ont été violées en faveur d'un des descendants et à son préjudice, l'action ne peut être intentée qu'après le décès de l'ascendant, puisqu'alors seulement on peut apprécier le chiffre de la réserve et du disponible; comme aussi alors seulement, l'enfant

peut se présenter en qualité d'héritier réservataire; le délai de la prescription ne peut, par conséquent, commencer à courir qu'après le décès de l'ascendant.

247 *bis*. XII. Il ne faut pas chercher le point de départ de la prescription quand la nullité serait fondée sur la violation de l'article 832, puisque nous avons considéré le partage entre-vifs comme n'étant pas astreint à la composition égale des lots en nature de biens; mais il faut se fixer sur le point de départ du délai, quand le vice est la lésion de plus du quart.

Si on recherche à quelle époque l'acte est consommé, et à quelle époque il est porté atteinte aux droits du descendant apportionné, on constate que ces deux faits se sont produits le jour de l'acte, et on arrive nécessairement à cette conclusion : que la prescription doit courir du jour de cet acte, et non pas du jour du décès de l'ascendant. Le partage, en effet, a été accompli d'une manière irrévocable lors de la donation faite par l'ascendant et acceptée par les descendants; comme l'acte qualifié partage n'annonçait pas de la part du disposant l'intention d'avantager un des enfants, il leur reconnaissait par là même leur droit à l'égalité; de ce jour, si l'égalité a été rompue par une fausse appréciation de la valeur des lots, il a été porté atteinte au droit que chaque descendant avait de recevoir une portion égale à celle des autres, de ce jour est née l'action, et la prescription a commencé à courir. Si on reculait le point de départ de cette action jusqu'au décès du disposant, ce ne pourrait être que sous l'influence d'une idée qui attacherait l'action en rescision pour lésion à la qualité d'héritier, et qui refuserait à l'acte, du vivant de l'ascendant, les caractères d'un partage. Mais nous avons établi, n° 243 *bis*. XV, que dans la pensée même de son auteur cet acte était avant tout un partage, qu'il était inutile d'attendre le décès de l'ascendant pour lui reconnaître ce caractère, car sans être un partage d'hérédité, c'était par la volonté du disposant un partage de choses communes, parce que la double dénomination donnée à l'acte sous-entendait au moins, dans la volonté de l'ascendant, une attribution collective des biens, préliminaire de la répartition en lots. Ce n'est donc pas comme portant atteinte à leurs droits héréditaires que les descendants attaquent ce partage, c'est parce qu'il méconnaît les droits égaux qu'ils tenaient du testateur lui-même sur le patrimoine donné et partagé.

Ce n'est pas contre la volonté du donateur qu'ils protestent, c'est sa volonté qu'ils veulent faire respecter, en faisant réparer une erreur qui la vicierait dans ses conséquences. Ce qui prouve, en effet, que l'action en rescision pour lésion n'a pas un but contraire à ce que la loi considère comme la volonté vraie de l'ascendant, c'est qu'elle est admise même quand la réserve n'est pas entamée. Si cependant les lotissements faits par l'ascendant étaient envisagés comme de véritables libéralités individuelles au profit de chaque descendant, ils seraient inattaquables aussi bien après la mort de l'ascendant que de son vivant, quand la réserve ne souffrirait aucune atteinte. Admettre la rescision pour lésion, c'est donc reconnaître que le lotissement est une opération secondaire, que l'attribution collective est l'acte principal, que l'égalité était dans les intentions de l'ascendant, et que la lésion suppose une erreur d'appréciation ou de calcul qui doit être réparée, pour que la volonté même du disposant ne soit pas méconnue.

Il faut ajouter, comme argument général, qu'en principe l'action en rescision contre un acte naît et se prescrit à partir de l'acte, sauf les exceptions contenues dans l'article 1304, et parmi lesquelles on ne trouve rien qui concerne le partage d'ascendant (1).

On a cependant fait des objections sérieuses contre ce système. Elles peuvent se résumer ainsi : d'abord les descendants ne peuvent pas se plaindre, du vivant de l'ascendant, puisque celui-ci pouvait ne leur rien donner ; leur droit de se plaindre découle de leur qualité d'héritiers, c'est lors du décès seulement qu'ils ont acquis droit à l'égalité avec leurs cohéritiers, et que naît l'action en rescision pour lésion. Secondement, l'importance du patrimoine peut varier du jour de la donation à celui de la mort, à cette époque seulement on pourra déterminer la quotité des droits de chacun. Enfin, les enfants ne pourraient attaquer le partage du vivant de leur père, retenus qu'ils seraient et par le respect qu'ils lui doivent, et par la crainte des avantages qu'un père irrité pourrait faire aux autres enfants.

Nous avons répondu d'avance à la première objection, en démontrant que le droit à l'égalité était indépendant de la qualité d'héritier, et résultait de la qualité de copartageant ou copartagé

(1) V. C. c., Rej. 12 juillet 1836, Dev. 1836-1-534 ; C. c., Rej. 4 février 1845, Dev. 1845-1-305.

que le père a attribuée de son vivant à ses enfants. La deuxième objection ne peut avoir de valeur, qu'autant qu'il s'agirait d'une rescision fondée sur une atteinte portée à la réserve; dans ce cas seulement il est nécessaire d'attendre le décès pour se rendre un compte exact de l'ensemble du patrimoine; mais quand il s'agit d'apprécier si l'égalité a été respectée par un partage entre-vifs, qui laissait nécessairement en dehors les biens futurs, qui ne s'appliquait peut-être pas à tous les biens présents, les accroissements postérieurs de la fortune sont indifférents. Quels qu'ils soient, ils ne peuvent pas faire que le descendant ait reçu une part, dans les biens donnés, égale à celles de ses codonataires. Quant à la troisième objection, elle se présente avec une apparence de gravité, puisqu'elle tend à accuser l'autre système de ne pas tenir compte du défaut de liberté des descendants, et de les placer injustement entre leur intérêt, qui leur commanderait d'intenter l'action, et le respect dû à leur père, qui les en empêche. Cependant elle ne doit pas avoir plus d'influence sur la décision que les objections précédentes, car il faut bien remarquer d'abord que l'action n'est pas dirigée contre l'ascendant, mais contre les frères et sœurs, et surtout qu'il ne s'agit pas d'accuser le donateur d'injustice comme dans le cas d'atteinte portée à la réserve, mais de prétendre rétablir le véritable sens des volontés paternelles, dénaturées par des erreurs d'appréciation, ce qui ôte à l'action de l'enfant toute apparence d'immoralité et d'ingratitude. Dès lors disparait le principal motif sur lequel s'appuierait cette sorte de suspension d'action et de prescription, qu'on voudrait introduire en pareil cas. Que si on attachait une grande importance à la raison tirée de la crainte d'avantages que ferait à d'autres enfants l'ascendant irrité contre l'auteur du procès, il faudrait alors aller beaucoup plus loin, et déclarer suspendue la prescription de toute action d'un enfant contre son ascendant, notamment de l'action en compte de tutelle, qui, plus que toute autre, peut donner lieu à des débats irritants, parce qu'elle nécessite quelquefois, de la part de l'ex-pupille, des objections dictées par une méfiance quelque peu offensante. Le système que nous combattons est donc condamné par les conséquences logiques qu'il produirait, c'est-à-dire parce qu'il entraîne le bouleversement complet de la théorie sur les suspensions de prescription (1).

(1) V. cependant deux arrêts qui suspendent l'exercice de l'action jusqu'à la mort

248. Au reste, le partage fait par l'ascendant étant toujours présumé équitable, la loi impose à l'enfant qui l'attaque l'obligation d'avancer les frais, sans préjudice de la règle qui met en définitive les dépens à la charge de la partie qui succombe (C. pr., art. 130); règle que la loi applique ici plus spécialement à l'enfant dont la réclamation est jugée mal fondée. V. art. 1080.

248 *bis*. Cette disposition pourrait être considérée comme faisant double emploi avec celle de l'article 130 du Code de procédure, qui reproduit le principe de l'article 1er, tit. XXXI de l'ordonnance de 1667. Cependant, sous l'empire même de l'ordonnance, malgré le texte de cet article, les tribunaux compensaient les dépens entre proches parents; c'est cet usage que le Code Napoléon a voulu proscrire, dans le cas de l'article 1080, et la disposition de l'article a acquis une plus grande utilité depuis que cet usage incertain, contraire au texte de l'ordonnance, a été consacré par l'article 131 du Code de procédure.

de l'ascendant. C. Paris, 8 avril 1850, Dev. 1850-2-305, et C. c., Rej. 14 juillet 1852, Dev. 1852-1-750. Sur la question même que nous venons de discuter, celle du point de départ de la prescription, depuis les arrêts cités plus haut de 1836 et de 1845, la jurisprudence de la Cour de cassation a changé, et semble se fixer dans un sens contraire au nôtre; il faut cependant remarquer que si l'arrêt de 1845 confondait l'action fondée sur le deuxième paragraphe de l'art. 1079 avec celle résultant du premier paragraphe, en faisant, dans les deux cas, courir la prescription du jour de l'acte, ce qui est contraire à l'opinion que nous avons adoptée plus haut pour l'action qui découle de la deuxième partie de l'article; à l'inverse, dans les nouveaux arrêts, la Cour adopte l'opinion que nous soutenons quant à cette deuxième action, et ne décide sur l'action en rescision pour lésion que par assimilation avec celle-ci. La vérité nous paraît être dans une distinction, c'est-à-dire dans les arrêts de 1836 et 1845, quant à l'action en rescision pour lésion, et dans les arrêts depuis 1848 pour l'action fondée sur une atteinte portée à la réserve. V. C. c., Cass. 2 août 1848, Dev. 1849-1-258 (l'action était fondée sur ce que le disponible était dépassé). C. c., Cass. 16 juillet 1849, Dev. 1849-1-622 (les parties argumentaient, au moins subsidiairement, d'une atteinte portée à la réserve, et les considérants de l'arrêt ont surtout trait à ce moyen). C. c., Cass. 31 janvier 1853, Dev. 1853-1-153 (même observation). Ces différents arrêts consacrent donc formellement l'opinion développée au n. 247 *bis*. XI. Mais aucun n'a encore statué sur l'action en rescision pour cause de lésion, dans une hypothèse où la question ne se compliquerait pas d'une question de réserve et de réduction.

CHAPITRE VIII.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX ET AUX ENFANTS A NAITRE DU MARIAGE.

249. La faveur du mariage a dû faire admettre, pour les donations qui tendent à l'assurer ou à le faciliter, des règles spéciales qui font l'objet de ce chapitre.

La principale dérogation aux principes du droit commun consiste dans la permission accordée ici de faire entre-vifs des dispositions, jusqu'à un certain point révocables par la volonté du disposant, sans qu'on puisse invoquer la maxime *donner et retenir ne vaut*. V. art. 947, 1082, 1084, 1086.

249 *bis*. Les règles exceptionnelles contenues dans ce chapitre supposent des donations par contrat de mariage. Les libéralités qui pourraient être faites en vue du mariage, mais dans un acte distinct de celui qui règle l'association conjugale quant aux biens, ne pourraient jouir des priviléges attachés par la loi aux donations par contrat de mariage. Comme il s'agit dans ce chapitre d'attribuer à la volonté du disposant la force de se soustraire à certaines règles, considérées comme fondamentales en matière de donations, il ne peut être permis de sortir des termes bien formels des articles 1082, 1084 et 1086. Il faut reconnaître, cependant, qu'à défaut de ces articles, il en est d'autres qui permettent de traiter les donations en faveur de mariage, même non comprises dans des contrats de mariage, autrement que les donations ordinaires. Elles sont, aux termes de l'article 959, soustraites à la règle de la révocation pour cause d'ingratitude, et d'après l'article 1088, soumises tacitement à la condition de la célébration du mariage en vue duquel elles sont faites.

250. C'est là, au surplus, une faculté dont on est libre d'user ou de ne pas user. Ainsi la donation par contrat de mariage peut ne comprendre que des biens présents dont

le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement (v. art. 1081); mais elle peut comprendre aussi des biens à venir, soit qu'elle consiste uniquement dans tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès (v. art. 1082, 1083), soit qu'elle soit faite cumulativement des biens présents et à venir (v. art. 1084, 1085); enfin elle peut être faite sous des conditions plus ou moins dépendantes de la volonté du donateur (voy. art. 1086).

251. La donation entre-vifs de biens présents ne perd pas son caractère, pour être insérée dans un contrat de mariage; elle est donc en général soumise aux règles ordinaires. V. article 1081, al. 1.

252. C'est une conséquence déduite de ce principe par la loi elle-même, qu'elle ne puisse avoir lieu au profit des enfants à naître (v. art. 906). Ainsi les biens ne pourront appartenir à ceux-ci que par transmission; à moins, toutefois, qu'on n'établisse en leur faveur une substitution, dans les cas où les substitutions sont autorisées. V. art. 1081, al. dern.

253. Le principe posé recevrait encore son application à la nécessité de la transcription (v. art. 939) ou de l'état estimatif (v. art. 948). Il résulte également de ce principe, que le prédécès du donataire, soit qu'il laisse ou non de la postérité, ne rendra pas la donation caduque. Mais l'insertion de la donation dans le contrat de mariage la ferait cependant participer à certaines faveurs, communes à toutes les donations comprises dans cet acte (v. art. 959, 1087). Cette insertion la soumettrait aussi à la caducité prononcée par l'article 1088. En outre, il est bien à remarquer que les diverses clauses qui, subordonnant l'effet d'une donation à la volonté du donateur, lui font vraiment perdre son caractère de donation entre-vifs (v. art. 944, 945, 946), n'annuleront pas la donation de biens présents, contenue dans un contrat de mariage. Cette décision, appuyée sur l'esprit de la loi et sur les termes précis des articles 947 et 1086, n'est point contredite par l'ar-

ticle 1081, puisqu'il est vrai de dire qu'il n'y a plus alors donation entre-vifs.

253 *bis*. La donation révocable cesse d'être une donation de biens présents, pour devenir donation de la quatrième des espèces autorisées par notre chapitre, et ce changement de nature a pour conséquence de soumettre cette libéralité à la règle de l'article 1089, c'est-à-dire de la rendre susceptible de caducité, au cas de prédécès du donataire.

254. Il est permis de donner par contrat de mariage tout ou partie des biens qu'on laissera au jour de son décès. Cette disposition, connue autrefois sous le nom d'*institution contractuelle,* participe tout à la fois de la nature des donations entre-vifs et de la nature des donations à cause de mort. Elle a pour objet d'assurer aux donataires la totalité ou une quote-part de la succession du donateur, en réservant jusqu'à un certain point à celui-ci, qui demeure propriétaire jusqu'à sa mort, la faculté de restreindre, d'anéantir même l'effet de sa libéralité, par la diminution ou la perte de sa fortune. Le droit de succession conféré par cette donation, ne devant s'ouvrir qu'au décès du donateur, il s'ensuit que le prédécès du donataire la rend nécessairement caduque, si un autre n'est appelé à recueillir à son défaut. Par la même raison, on conçoit que la loi ait pu, sinon abandonner entièrement, au moins faire fléchir ici la règle qui exige la conception du donataire au moment de la donation.

254 *bis*. I. La donation autorisée par l'article 1082, et qui a pour objet tout ou partie des biens que le donateur laissera au jour de son décès, porte dans l'usage le nom de *donation de biens à venir,* nom consacré par les articles 947 et 1093, et aussi le nom d'*institution contractuelle*, que le Code semble avoir pris à tâche d'éviter, en employant des périphrases, et qui indique que le donataire ressemble à un héritier institué, mais qu'il tient son droit d'un contrat. Ce qui donne à la disposition qui nous occupe un certain caractère d'irrévocabilité qui la distingue des legs, en même temps que le droit réservé au donateur de disposer à titre onéreux des biens

donnés, établit une différence très-saillante entre cette libéralité et la donation entre-vifs.

254 *bis*. II. La donation des biens que le donateur laissera au jour de son décès, peut avoir pour objet l'universalité de ces biens ou simplement une quote-part, et enfin des biens déterminés envisagés à titre particulier. Les expressions de la loi, *tout ou partie*, sont assez larges pour comprendre ce genre de libéralité, et il serait difficile de comprendre pourquoi le disposant ne pourrait pas conférer au donataire, sur un bien déterminé, les droits qui dérivent de l'article 1083, lui assurer la propriété de ce bien, sous la condition qu'il n'en aurait pas lui-même disposé à titre onéreux. Si la loi autorise, quand il s'agit de libéralité universelle, une pareille convention, qui, tout en respectant le droit de propriété du donateur, le dépouille cependant du droit d'aliéner ses biens à titre gratuit, quelle raison sérieuse pourrait faire obstacle à une semblable décision, quand la donation est faite à titre particulier? Si au premier abord on est tenté de comprendre autrement l'article 1082, ce ne peut être qu'en se laissant influencer par l'expression, institution contractuelle, qui, en effet, réveille l'idée d'une libéralité à titre universel; mais on ne doit pas chercher le sens de la loi dans des dénominations que le législateur a précisément évitées, et par conséquent on doit entendre les mots *tout ou partie* des biens dans l'article 1082, comme on les entend dans les articles 895, 1048 et 1049.

On doit cependant constater que la donation de biens à venir est faite le plus ordinairement à titre universel, et que c'est surtout en vue de ces donations que sont rédigés les articles 1082 et 1083.

255. Cela posé, nous voyons dans la loi que cette donation peut être faite par toute personne, même non parente, tant aux futurs époux *qu'aux enfants*, ajoutons *ou descendants à naître de leur mariage;* non en ce sens, que les enfants à naître soient appelés à recueillir le profit de la donation conjointement avec leurs père et mère, ni que les père et mère qui recueillent, soient, sans aucune disposition spéciale, grevés de restitution au profit de leurs enfants; mais en ce sens, que les enfants à naître, vulgairement substitués à leur père ou mère, sont eux-mêmes donataires, pour le cas où l'époux donataire ne re-

cueillerait pas. D'où il suit, qu'en cas de prédécès de cet époux, les enfants n'auront point besoin de se porter ses héritiers, pour recueillir de leur propre chef une donation à laquelle le défunt se trouve, par événement, n'avoir eu aucun droit. V. art. 1082, al. 1.

Cette substitution vulgaire des enfants ou descendants à naître est, au surplus, tellement favorable et tellement conforme à la volonté présumée du donateur par contrat de mariage, que la loi la sous-entend dans le cas même où, en donnant aux époux, on aurait omis de comprendre nommément les enfants. V. art. 1082, al. dern.

255 *bis*. I. L'article 1082 traite principalement deux points importants : 1° Qui peut faire la donation de biens à venir? 2° au profit de qui peut-elle être faite?

De l'énumération contenue dans l'article il résulte que pour faire ce genre de libéralité, il n'est pas besoin de se trouver avec le donataire dans des rapports de parenté. Il n'y aurait donc rien à dire sur la personne du donateur, s'il ne fallait pas rechercher quelle règle de capacité doit être appliquée à cette donation. Placée sur la limite entre les dispositions entre-vifs et les libéralités testamentaires, la donation de biens à venir est-elle soumise aux règles de capacité qui régissent les donations ou à celles qui régissent les testaments? Ne pourrait-on pas tenir compte de sa révocabilité, de son effet suspendu jusqu'au décès du disposant, pour la traiter comme un legs, et par conséquent pour la valider quand elle sera faite par des personnes jouissant de la faculté de tester et non de celle de donner entre-vifs : le mineur âgé de plus de seize ans, la femme mariée non autorisée, le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire? Il n'en est rien cependant, ces diverses personnes sont incapables de faire une donation de biens à venir. D'abord cette libéralité est qualifiée donation, et non legs, par le législateur, qui n'autorise les différentes personnes dont il s'agit, qu'à tester, et non à donner; bien plus, quoiqu'elle soit jusqu'à un certain point révocable, et qu'elle n'investisse le donataire du droit de propriété qu'après la mort du disposant, cependant cette disposition produit, dès qu'elle est faite, des effets définitifs, en dépouillant le donateur du droit de donner, par conséquent du droit de doter ses propres

enfants, et il est dès lors impossible de l'assimiler aux actes qui sont autorisés comme ne produisant aucun effet du vivant de leur auteur.

255 *bis*. II. Quant à la personne du donataire, comme il n'y a pas à distinguer la capacité de recevoir entre-vifs et celle de recevoir par testament, la même difficulté ne peut pas se présenter; mais la loi fait une exception très-remarquable aux règles générales sur la capacité : elle permet d'attribuer le bénéfice de la libéralité aux enfants à naître.

Au reste, comme la donation des biens à venir n'est autorisée qu'exceptionnellement, et dans le but de faciliter un mariage sur le point d'être contracté, les futurs époux ou les enfants à naître de ce mariage peuvent seuls recevoir une semblable libéralité. Les termes et l'esprit de la loi ne permettent pas de comprendre parmi les donataires éventuels, les enfants que l'époux donataire pourrait avoir d'un autre mariage; bien que l'article 1089 subordonne la caducité de la donation au prédécès du donataire et de sa postérité, il faut faire prédominer l'article 1082 qui est spécial, sur l'article 1089 qui est général, et qui ne doit comprendre que la postérité à laquelle l'article spécial a attribué des droits.

255 *bis*. III. Si on ne peut pas étendre à d'autres qu'aux enfants à naître du mariage le bénéfice de la disposition, à l'inverse on peut, par une déclaration formelle, restreindre aux époux le bénéfice de la donation, car l'article 1082 *in fin.*, établit bien en faveur des descendants une présomption de volonté, mais cette présomption doit céder devant une volonté contraire formellement exprimée; seulement, pour priver les enfants de la qualité éventuelle de donataires, il faut les en priver tous, et il ne serait pas permis de réserver cette qualité à quelques-uns d'entre eux exclusivement aux autres. Il ne faut pas, en effet, oublier qu'on raisonne sur une libéralité qui viole les règles les plus importantes des donations, que, par conséquent, il ne faut autoriser aucune convention en dehors des termes mêmes de la loi; or, ce que la loi autorise, c'est la vocation des enfants à naître du mariage, et rien ne serait plus contraire à l'esprit général du Code Napoléon, manifesté par l'article 1050, que la disposition qui préférerait certains enfants, les mâles par exemple, aux autres descendants du même père et de la même mère.

255 *bis*. IV. Nous n'avons parlé jusqu'ici que des enfants, c'est l'expression que la loi emploie dans le premier alinéa de l'article 1082, mais il faut généraliser, et admettre qu'il s'agit des descendants en général; cela résulte de la fin de l'article, qui, sous-entendant la vocation des enfants ou descendants, reconnait sans aucun doute, au disposant le droit d'appeler expressément la postérité à tous les degrés de l'époux donataire. La donation de biens à venir doit être d'ailleurs la dotation de la nouvelle famille que le mariage à célébrer va constituer, il est, par conséquent, aussi nécessaire qu'elle profite aux petits-enfants qu'aux enfants; seulement il faut observer qu'en constituant ainsi une sorte de patrimoine à une nouvelle famille, le donateur a certainement sous-entendu que ce patrimoine serait dévolu aux enfants et descendants comme leur patrimoine véritable, c'est-à-dire aux enfants d'abord et aux descendants à leur défaut, sauf l'application des règles sur la représentation.

255 *bis*. V. De cette idée que le donateur a voulu créer le patrimoine de la famille découle cette conséquence : que les descendants sont appelés à recueillir la donation toutes les fois qu'ils recueilleraient une succession véritable, à laquelle ils seraient appelés après leur père, notamment dans le cas où celui-ci renoncerait; telle est la pensée de l'article 1082. Ses termes, il est vrai, sont moins étendus; ils semblent restreindre au cas de prédécès de l'époux la vocation des descendants, mais on a vu souvent la loi se préoccuper seulement de l'hypothèse qui fait ordinairement défaillir le droit d'une personne, sans songer à d'autres circonstances plus rares, et plusieurs articles montrent que le législateur a pu écrire les mots : *dans le cas où le donataire survivrait*, pour ceux-ci : *dans le cas où le donataire ne recueillerait pas*. (V. art. 759-766.) L'article 1089 confirme cette interprétation, il déclare que la donation n'est pas caduque quand il existe des descendants, et rien n'indique une distinction entre la position des descendants quand le donataire renonce, et leur position quand ce donataire est prédécédé.

255 *bis*. VI. La vocation des descendants à naitre, à défaut des donataires, est une grave dérogation aux règles sur la capacité de recevoir, elle ne doit être, par conséquent, autorisée que dans les termes stricts de la loi, c'est-à-dire comme vocation subsidiaire et éventuelle à défaut des époux ou de l'époux donataires; on ne

saurait valider une donation de biens à venir qui s'adresserait directement aux enfants à naître, et qui, par cela même, ne remplirait pas le but qui seul légitime aux yeux du législateur la donation de biens à venir, c'est-à-dire ne faciliterait pas le mariage, en assurant la dotation du nouvel établissement.

255 *bis*. VII. Par les mêmes raisons, et bien plus certainement encore, on doit proscrire toute convention qui aurait pour effet d'appeler des personnes autres que les époux ou leurs descendants, à recueillir la donation de biens à venir. Le texte ne permet pas d'hésitation sur ce point quand la donation est faite directement à ces personnes, et il doit être appliqué alors même qu'on aurait essayé de dissimuler la donation de biens à venir, en ne faisant participer le tiers qu'indirectement à la libéralité. On validait autrefois, sous le nom de *clause d'association*, la convention par laquelle l'époux donataire était astreint à faire participer un étranger aux bénéfices de l'institution contractuelle; on considérait cette seconde personne comme n'étant pas donataire, et la deuxième disposition valait comme charge accessoire d'une disposition principale valable. Au fond, cette convention n'a pour but que de faire indirectement ce qui ne peut être fait par la voie directe. Le tiers est véritablement appelé par le donateur à recueillir au décès de celui-ci une part de ses biens à venir, il est donc donataire de biens à venir; la libéralité qu'il reçoit peut être diminuée par la volonté du donateur, contrairement à la règle *donner et retenir ne vaut;* et comme il n'est pas dans la classe des personnes en faveur desquelles il est fait exception à cette règle, comme le mariage futur est loin d'être enrichi par la disposition faite en sa faveur, la libéralité doit être nulle en ce qui le concerne.

255 *bis*. VIII. Nous déclarons nulle la clause d'association, parce que nous la considérons moins comme une charge ou condition de la première donation que comme une véritable donation au profit d'un second donataire; nous devons, pour être conséquents, décider que cette nullité profite à la succession du donateur et non pas au premier donataire; si c'était vraiment une condition, elle devrait être réputée non écrite (art. 900), et le donataire conserverait la libéralité intégrale; mais comme dans la pensée du donateur il y a deux donations et deux donataires, la nullité de la deuxième libéralité doit être sans influence sur l'étendue de la première.

256. Nous avons vu que le donateur reste propriétaire jusqu'à sa mort, et conséquemment maître d'aliéner, ou de contracter des dettes, que le donataire sera tenu de payer, s'il ne veut renoncer à l'institution. Mais l'irrévocabilité de cette institution interdit, en général, au donateur, les nouvelles libéralités qui pourraient en diminuer l'effet. Et toutefois, la loi lui permet de disposer *pour sommes modiques*, A TITRE DE RÉCOMPENSE OU AUTREMENT; expressions qui laissent beaucoup à l'arbitrage des juges, mais qui, dans aucun cas, ne paraissent susceptibles d'être appliquées à des dispositions à titre universel. V. art. 1083.

256 *bis*. I. L'article 1083 traite fort brièvement des effets de la donation de biens à venir; il faut les examiner, 1° à l'égard du donateur, 2° à l'égard du donataire.

La donation de biens à venir n'a pas pour effet de dépouiller le donateur de sa propriété, mais de lui faire subir des restrictions dans l'exercice de son droit. Il reste propriétaire, car il peut aliéner à titre onéreux, contracter des dettes qui grèveraient le donataire à titre universel, anéantir même dans l'avenir le droit du donataire, en aliénant tous ses biens à charge de rente viagère. Il subit des restrictions dans l'exercice de son droit, car il ne peut pas révoquer directement la donation qu'il a faite, ou en détruire l'effet par une libéralité entre-vifs ou testamentaire, la loi autorise seulement les dispositions modiques à titre rémunératoire *ou autrement*, c'est-à-dire les cadeaux d'usage ou les dispositions testamentaires pour cause pie.

256 *bis*. II. Quant au donataire, il faut, pour apprécier à son égard l'effet de la donation, le considérer avant le décès du donateur, ou après ce décès.

Avant le décès du donateur, le donataire n'acquiert pas la propriété des biens, il n'est pas même nu-propriétaire; cela résulte de ce que nous venons de dire sur le donateur. Il n'est pas non plus propriétaire sous condition, car son droit alors ferait obstacle à celui du donateur, et les aliénations à titre onéreux consenties par celui-ci seraient exposées à être plus tard anéanties par l'effet rétroactif de la condition. Il a cependant un droit, puisque la qualité que le donateur lui a conférée ne peut lui être enlevée, mais ce

droit ne peut être qualifié par aucune expression technique. Il ressemble à un droit de succession, et surtout au droit de succession des héritiers à réserve, qui ne peuvent être dépouillés par des actes à titre gratuit.

256 *bis*. III. De ce que le donataire de biens à venir n'est pas propriétaire des biens, il est facile de conclure qu'il ne peut aliéner directement aucun des biens du donateur, et que ses créanciers ne peuvent les saisir; mais pourrait-il au moins céder le droit dont il est investi? On l'a soutenu, en insistant sur la différence qui existe entre le donataire de biens à venir et un héritier; celui-là, certain de n'être pas dépouillé; celui-ci, exposé aux caprices d'un testateur; le premier investi par la volonté du propriétaire, le second appelé par la loi, et on a refusé d'appliquer la règle qui prohibe les pactes sur les successions futures (art. 791, 1130). Nous pensons, néanmoins, que cette règle doit être appliquée, et que, par conséquent, toute convention sur le droit futur du donataire est interdite. Il suffit de rechercher les motifs de la prohibition contenue dans l'article 1130, pour voir qu'ils se produisent ici avec la même énergie : incertitude sur l'époque de l'ouverture du droit, incertitude sur le chiffre du patrimoine, partant spéculation dangereuse et immorale, parce que le cédant n'en peut apercevoir les conséquences, et que le cessionnaire profite de ses passions et de son aveuglement. Les causes de la prohibition existent donc; le droit cédé est une sorte de droit de succession, comme le constate l'ancienne expression d'institution contractuelle; par conséquent la prohibition peut être appliquée à ce cas, sans qu'on se préoccupe de ce fait que le droit du donataire est irrévocable, car ce raisonnement ne tendrait à rien moins qu'à soustraire à l'article 1130 les héritiers à réserve, dont le droit ne peut pas plus être détruit que celui du donataire de biens à venir (1).

256 *bis*. IV. Lors du décès du donateur, le droit du donataire de biens à venir cesse d'être une abstraction pour devenir un droit utile. La propriété du défunt passe à l'instant même au donataire. De ce moment il peut céder son droit, il peut même y renoncer. En effet, alors même qu'il aurait dans le contrat de mariage

(1) V. C. c., Rej. 16 août 1841, Dev. 1841-1-684.—C. I. Agen, 17 déc. 1856, Dev. 1857-2-1.

accepté la donation, il ne peut pas être considéré comme ayant fait autre chose qu'accepter la position de quasi-héritier présomptif que le donateur voulait lui faire; mais comme cette position entraîne des charges, ainsi que nous l'allons voir bientôt, il est impossible d'admettre qu'il se soit lié à l'exécution de ces charges qu'il ne connaissait pas, et qu'il ne pouvait pas connaître; en consentant à se laisser considérer à peu près comme un héritier, il a dû entendre qu'il se réservait l'option qu'a tout héritier au moment du décès. Interpréter autrement l'acceptation du donataire, ce serait rendre nécessaire une distinction, que rien n'indique, entre l'époux donataire et les enfants à naître venant à son défaut, car ceux-ci au moins n'ayant pas manifesté leur volonté lors du contrat de mariage, ne pourraient pas être dépouillés du droit de renoncer.

256 *bis*. V. Le donataire de biens à venir devient propriétaire des biens du donateur par le seul effet de la mort de celui-ci, mais il n'en devient pas possesseur, en d'autres termes il n'est pas saisi de la succession. Les effets de la saisine ont été expliqués par M. Demante, t. II, n° 24 *bis*. I. Nous avons eu occasion de les rappeler à propos des légataires universels, t. IV, n° 146 *bis*. I. Nous avons dit que l'avantage d'un successeur saisi sur le successeur non saisi, consiste à pouvoir prendre immédiatement possession des biens, à exercer les droits héréditaires sans aucune autorisation. Parmi les légataires, le légataire universel seul jouit quelquefois de la saisine (art. 1006), les autres doivent toujours obtenir la délivrance, soit de l'héritier, soit de la justice. Quant au donataire de biens à venir, rien dans la loi ne nous autorise à le considérer comme saisi et à le dispenser de la demande en délivrance. La tradition de l'ancien droit pourrait, il est vrai, conduire à ce résultat (1). Mais le Code a rompu avec les traditions anciennes, en évitant l'expression institution contractuelle, expression qui tendait à produire une assimilation plus complète qu'aujourd'hui, entre l'héritier *ab intestat* et celui qu'on appelait héritier par contrat. Dans notre droit, ce serait donc en assimilant le donataire de biens à venir aux légataires, qu'on pourrait quelquefois

(1) V. Pothier, Introd. à la coutume d'Orléans, t. XVII, append. n. 23. — Cout. du Bourbonnais, art. 219. — Cout. du Nivernais, t. XXVII, art. 12.

lui attribuer la saisine, mais alors il faudrait la refuser d'abord au donataire particulier et au donataire à titre universel, pour la réserver au donataire universel, et encore seulement lorsqu'il n'existe pas d'héritier à réserve. Dans tous les autres cas, en effet, quand il existe des héritiers dont les droits ne sont pas détruits, attribuer la saisine au donataire, l'autoriser à s'emparer, sans contrôle, des biens héréditaires, c'est mettre en péril les droits des héritiers. On pourrait donc seulement accorder la saisine dans le cas prévu par l'article 1006, mais comme cet article déroge au droit général des héritiers, consacré par l'article 724, il ne doit pas être étendu hors de ses termes, qui s'appliquent seulement aux legs et non aux donations.

On a essayé de contester ces principes et de déclarer les articles 724 et 1006 étrangers à cette matière, en s'appuyant sur les articles 938, 1138 et 1583, qui consacrent chez nous la règle que la propriété est transférée par le consentement, et sans tradition. On en a conclu que le donataire est saisi par son contrat et n'a pas besoin de demander la délivrance. Mais cette manière d'envisager la question repose sur une confusion entre la propriété et la possession. Sans aucun doute le donataire de biens à venir, comme le successeur irrégulier, comme le légataire, est propriétaire sans tradition, mais a-t-il le droit de se mettre en possession? Là gît la difficulté, que les principes sur la translation de propriété ne peuvent trancher. Le défunt possédait au moment de sa mort, il n'a donc pas mis le donataire en possession, et celui-ci peut-il être considéré comme mis en possession par la loi, ainsi qu'un héritier, ou au contraire doit-il se faire mettre en possession, ainsi qu'un légataire ou un successeur irrégulier? Voilà la question que nous venons d'examiner.

256 *bis*. VI. Les droits du donataire de biens à venir ont souvent pour corrélatif des obligations. En effet, à moins qu'il ne soit donataire d'un objet particulier, il doit supporter tout ou partie des charges qui grèvent le patrimoine : donataire d'une universalité ou d'une fraction d'universalité, il doit payer les dettes ou une fraction des dettes qui diminuent cette universalité, dettes antérieures à la donation et dettes postérieurement contractées, car le donateur avait conservé le droit de diminuer son patrimoine par des actes à titre onéreux ; il faudrait seulement excepter celles qui auraient pour cause une libéralité (art. 1083).

256 *bis*. VII. Si on admet la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation manifestée par l'arrêt du 13 août 1851, et que nous avons essayé de combattre n° 152 *bis*. III-XI, si on décide que tout successeur à l'universalité ou à une quote-part du patrimoine est tenu des dettes *ultra vires*, sauf l'effet d'une acceptation bénéficiaire, il faut donner la même décision pour les donataires universels ou à titre universel de biens à venir; mais comme nous avons refusé d'imposer aux légataires cette obligation, en présence même des articles 1009 et 1012, qui les déclarent tenus des dettes, à plus forte raison, dans le silence des textes, devons-nous écarter toute assimilation sur ce point, entre l'héritier *ab intestat* et le donataire de biens à venir; celui-ci tenu seulement, parce qu'il détient le patrimoine, ne peut être tenu qu'*intra vires*, à la condition, il est vrai, de justifier par un inventaire de la consistance du patrimoine, mais sans être astreint à une déclaration de bénéfice d'inventaire au greffe du tribunal (V. ci-dessus, n° 152 *bis*. I).

257. La simple institution contractuelle n'assure pas pleinement les droits des époux ou des enfants à naître, puisque le donateur peut en anéantir l'effet, même quant aux biens présents, par des aliénations, et par les dettes qu'il contracterait par la suite. La loi offre un moyen de parer à cet inconvénient, en autorisant la donation cumulative de biens présents et à venir. Dans ce cas, si le donataire ne trouve pas d'avantage, lors du décès du donateur, à prendre tous les biens de la succession en se soumettant à toutes les charges, il pourra s'en tenir aux biens présents, sous la seule condition d'acquitter les dettes et charges existantes au temps de la donation. Mais il faut pour cela que ces dettes soient constatées par un état, qui doit être annexé à l'acte. V. art. 1084.

257 *bis*. I. La loi ne dit pas très-nettement ce qu'elle entend par cette troisième espèce de donation, mais on doit tout d'abord constater que cette donation n'est pas simplement la réunion des deux précédentes : une donation des biens présents, et une donation des biens à venir; cette réunion dans un même contrat de deux libéralités autorisées, n'a certainement rien que de licite, mais ce ne peut être l'objet des articles 1084 et 1085, car ces deux ar-

ticles contiendraient une inutile répétition; bien plus, ils soumettraient à une condition de forme, à la rédaction d'un état des dettes, le droit de séparer deux libéralités qui, par leur nature même, seraient distinctes, et dont les principes ne commanderaient en rien la jonction. Enfin, l'article 1089, qui soumet la donation dont nous parlons à la condition de survie, montre bien qu'elle ne peut pas se décomposer en deux libéralités, dont l'une serait la donation ordinaire de biens présents, car, au moins pour cette partie de la disposition, la survie du donataire ne devrait pas être requise. On peut certainement concevoir un contrat de mariage qui contiendrait au profit d'un époux les deux donations des articles 1081 et 1082, mais le donateur aurait fait alors deux dispositions distinctes, dont chacune serait soumise à ses conditions et à ses règles particulières, et non pas la disposition une et cumulative dont parle l'article 1084.

Quand on cherche dans l'article 1084 les caractères de la donation de biens présents et à venir, on voit que la loi n'a pas tout dit, qu'elle a sous-entendu quelque chose; elle indique, en effet, l'un des partis que peut choisir le donataire lors du décès du donateur : s'en tenir aux biens présents, c'est-à-dire au patrimoine tel qu'il était au jour de la donation ; mais elle néglige de dire quel est l'autre parti; il faut le découvrir soit dans l'expression : donation de biens à venir, soit dans l'article 1085; il consiste à prendre les biens à venir, c'est-à-dire le patrimoine dans son état au jour du décès. Cette option du donataire est très-bien caractérisée par l'article 17 de l'ordonnance de 1731. Son texte confirmé par le silence du Code démontre, que le but principal de la donation est la donation de biens à venir, et que c'est subsidiairement et faute de mieux que le donataire se trouve autorisé à se contenter des biens présents. La donation de biens présents et à venir est donc une donation de biens à venir, qui, outre les droits attribués au donataire par les articles 1082 et 1083, lui donne celui d'opter, lors du décès du donateur, pour le patrimoine dans l'état où il se trouvait lors de la donation.

257 *bis*. II. Pour étudier les règles spéciales à la donation de biens présents et à venir, il faut déterminer 1° les personnes au profit desquelles elle peut être faite; 2° les conditions de forme qui lui sont imposées; 3° les effets qu'elle produit.

1° La donation de biens présents et à venir n'est permise qu'en faveur du mariage; par conséquent elle ne peut être faite à des personnes étrangères à la nouvelle famille que le mariage va créer, c'est aux époux ou à l'un d'eux qu'elle doit être faite. Elle peut même gratifier les enfants à naître de l'époux donataire, et la vocation éventuelle de ces enfants doit être sous-entendue comme dans le cas de l'article 1082. On peut, il est vrai, éprouver quelques doutes quant à cette substitution vulgaire des enfants non conçus, au moins en ce qui touche la partie de la disposition qui est une donation de biens présents, d'abord parce que le texte est muet, ensuite parce que ces enfants pourraient se trouver par événement, s'ils optaient pour les biens présents, avoir été propriétaires des biens du donateur à une époque où ils n'existaient point encore : mais ces objections ne sauraient nous arrêter. Le texte est muet parce qu'il voit dans la donation qui nous occupe une variété de la précédente, et qu'il se contente de signaler les différences entre ces deux genres de dispositions. Les enfants, il est vrai, peuvent se trouver, par l'effet rétroactif de leur option, propriétaires à une époque où ils n'étaient pas conçus; mais ce fait, si choquant qu'il puisse paraître quand on l'exprime ainsi que nous venons de le faire, perd une partie de sa gravité quand on songe qu'il se borne à une prohibition d'aliéner imposée au propriétaire dans l'intérêt à venir d'enfants à naître; et, d'ailleurs, il n'est pas sans précédent, puisqu'en matière de substitution fidéi-commissaire, le droit du grevé est soumis à une condition résolutoire dans l'intérêt des appelés qui peuvent n'être pas conçus. Ces objections écartées, tout confirme notre solution. D'abord le caractère de la disposition qui nous occupe, avant tout et surtout donation de biens à venir, qui éventuellement et subsidiairement se convertit en donation de biens présents, d'où découle l'application à la donation accessoire des règles de la donation principale; secondement le texte de l'ordonnance qui désignait nommément les descendants des époux; enfin les articles 1089 et 1093 : l'un, sans distinction, ne prononce la caducité de la donation qu'au cas de prédécès du donataire et de sa postérité, tandis que s'il eût voulu distinguer entre les donations de l'article 1082 et celles de l'article 1084, il fallait, pour ce dernier cas, déclarer caduque la disposition qui s'applique aux biens présents, alors même que le donataire laissait

une postérité; l'autre, l'article 1093, déclare que la donation de biens présents et à venir faite entre époux n'est pas transmissible aux enfants à naître.

257 *bis*. III. 2° En ce qui concerne les questions de forme, la loi s'est contentée d'imposer la nécessité d'un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation; elle prévoit le cas où le donataire optera pour les biens présents, et veut qu'il n'existe aucune incertitude sur les charges qu'il devra supporter, c'est-à-dire sur les dettes qui diminuaient le patrimoine au jour de la donation.

A cette condition de forme il faut en ajouter deux autres : l'une concerne les meubles, et l'autre les immeubles. Pour les meubles, un état estimatif doit être annexé à la donation; c'est le prescrit de l'article 948 qui est certainement applicable ici dans ses termes et dans son esprit. Dans ses termes, dont la généralité ne suppose pas une exception pour notre hypothèse; dans son esprit, puisqu'à défaut de cet état il serait impossible de déterminer quel était le mobilier présent, et que le donateur pourrait, par des aliénations, diminuer la partie mobilière du patrimoine donné. L'état est donc nécessaire, mais son absence n'aura pas les mêmes conséquences que l'absence de l'état des dettes; il en résultera la nullité de la donation de biens présents en ce qui touche les meubles, et l'option du donataire portera uniquement sur les immeubles présents d'un côté, et sur les biens à venir de l'autre.

257 *bis*. IV. Si le patrimoine présent comprend des immeubles, la donation des biens présents et à venir doit être transcrite, pour produire tous les effets dont elle est susceptible. Elle peut devenir *ex post facto* une donation de biens présents, donner au donataire le droit d'attaquer tous les tiers acquéreurs qui tiendraient leurs droits du donateur : il faut qu'elle reçoive toute la publicité que comportent les donations, c'est dire qu'il faut lui appliquer la disposition de l'article 939.

257 *bis*. V. 3° Les effets de la donation de biens présents et à venir doivent être examinés d'abord pendant la vie du donateur, puis après sa mort, en distinguant alors, selon que le donataire opte pour les biens présents ou pour les biens à venir.

Le donateur conserve pendant sa vie la propriété de ses biens; nous avons vu, en effet, que malgré l'éventualité qui pouvait con-

vertir plus tard la disposition en donation de biens présents, le caractère dominant de cette disposition était celui d'une donation de biens à venir; les biens présents ne sont donc pas actuellement aliénés par le donateur, il en conserve la jouissance, il peut en disposer postérieurement à titre onéreux, mais il ne jouit de la faculté d'en disposer à titre gratuit que dans les termes de l'article 1083. Il faut, cependant, remarquer que son droit de propriété est affecté d'une condition résolutoire, et que les aliénations à titre onéreux consenties par lui peuvent être anéanties plus tard, si le donataire opte pour la donation de biens présents.

257 *bis*. VI. Le donataire est, pendant la vie du donateur, dans la même position que s'il avait reçu des biens à venir, il a un droit abstrait; mais il ne peut faire aucun acte de disposition, soit de son droit, soit des biens eux-mêmes. Disposer de son droit serait, ainsi que nous l'avons démontré, violer directement la règle qui défend les pactes sur les successions futures; disposer d'un des biens présents, ce serait transgresser moins directement, mais d'une manière aussi certaine, la même prohibition. En effet, si on peut dire que l'aliénation d'un des biens présents, dont le donataire est propriétaire sous condition, n'est pas l'aliénation des droits successifs, et ne présente pas le caractère d'incertitude qui rend redoutables les pactes sur les successions futures; cependant, comme l'aliénation de ce bien entraînerait pour le donataire obligation de répudier la donation de biens à venir, et de s'en tenir à celle de biens présents, pour assurer à son ayant cause la chose acquise par lui, il y a dans cette aliénation une renonciation virtuelle à une option qui ne peut être faite en connaissance de cause qu'après la mort, et cela suffit pour placer cet acte dans le cercle d'action de l'article 1130.

257 *bis*. VII. Après la mort du donateur, le donataire doit faire son option, et les effets de la donation varient selon le parti qu'il embrasse.

S'il opte pour la donation de biens à venir, c'est-à-dire s'il prend le patrimoine dans son état au jour du décès, il suffit, pour comprendre ses droits et ses obligations, de s'en référer à ce que nous avons dit sur les articles 1082 et 1083. La donation est alors une pure donation de biens à venir, attribuant au donataire tous les biens existants au jour du décès, même ceux qui étaient présents lors de la donation, pourvu qu'ils n'aient point été aliénés à titre onéreux depuis cette époque.

257 *bis.* VIII. Si, au contraire, le donataire opte pour les biens présents, pour le patrimoine dans son état au jour de la donation, il faut cesser d'appliquer les règles des articles 1082 et 1083, distinguer dans le patrimoine les biens acquis antérieurement à la donation, et ceux acquis postérieurement : pour ceux-ci, qui reviennent aux héritiers *ab intestat,* considérer le donateur comme ayant eu à leur égard la plénitude du droit de disposition : et quant aux autres, traiter ce donateur comme en ayant été dépouillé actuellement et irrévocablement par la donation, en sorte qu'il n'aurait pas pu en disposer même à titre onéreux. On doit faire la même distinction quant aux dettes. En donnant le choix entre son patrimoine tel qu'il était au jour de la donation, et son patrimoine au jour du décès, le donateur avait certainement entendu qu'il s'agissait de ses biens diminués de ses dettes; par conséquent le donataire ne peut pas prendre les biens présents sans se charger des dettes présentes, et c'est pour cela que la loi a exigé l'annexion d'un état des dettes à l'acte de donation. Il y a plus; si le défunt avait payé ses dettes avant sa mort, le donataire en devrait compte à la succession, car le payement n'aurait pu être fait que sur les biens à venir, et s'il ne donnait lieu à aucune restitution, il constituerait une augmentation de la libéralité faite dans le contrat de mariage.

257 *bis.* IX. Comment le donataire est-il mis en possession du patrimoine ou de la portion de ce patrimoine à laquelle il a droit d'après son option? Comment et dans quelles limites est-il tenu envers les créanciers? C'est ce qui résulte de ce qui a été dit sur la position et les droits du donataire de biens à venir. Nous avons établi qu'il n'était pas saisi; le donataire des biens présents et à venir ne saurait être mieux traité sous ce rapport; d'abord s'il opte pour le patrimoine dans son état au jour de la mort, il n'est qu'un donataire de biens à venir; et même quand il opte pour les biens présents, il ne peut être dispensé de demander la délivrance, parce que n'ayant pas été mis en possession par le défunt, il doit faire reconnaître ses droits par la succession avant de prendre possession de choses qui semblent héréditaires.

257 *bis.* X. C'est également ce que nous avons dit sur la position des donataires de biens à venir quant aux dettes, qui doit nous éclairer sur les obligations du donataire de biens présents et à venir. Il ne peut, en ce cas, exister de difficulté que si le donataire

s'en tient aux biens présents. Il doit supporter, alors, les dettes présentes, mais les dettes n'en restent pas moins charges de la succession, le donateur ne peut être considéré comme les ayant, de son vivant, détachées de son passif pour donner aux créanciers des droits contre le donataire, et seulement contre lui; le donateur n'avait pas ce droit. à sa mort la dette était donc héréditaire; par conséquent, d'après la doctrine que nous avons admise en ce qui touche les légataires universels et les donataires de biens à venir, elle devenait dette des héritiers, sauf le recours de ceux-ci contre le donataire. Seulement, de même que pour simplifier et abréger, on a toujours admis l'existence d'une action directe des créanciers contre les légataires universels, de même nous devons reconnaître que les créanciers pourraient agir, si bon leur semblait, contre les donataires des biens présents et à venir.

Il résulte clairement de tout ce que nous venons de dire, que le donataire de biens présents ou à venir, assimilé au donataire de biens à venir et au légataire universel ou à titre universel, ne peut être tenu *ultra vires*.

258. A défaut de l'état des dettes, la donation n'est pas nulle; mais, comme il ne peut être permis au donataire de profiter des biens sans supporter les charges, et que cet état était le seul moyen légal de constater le montant de celles qui grevaient les biens présents, il faut, s'il n'aime mieux répudier le tout, qu'il supporte toutes les dettes et charges de la succession au jour de son ouverture, ce qui réduit son droit aux biens existants au jour du décès. V. art. 1085.

258 *bis*. I. Quand la condition à laquelle la loi subordonne le droit d'option du donataire a été négligée, la disposition subsidiaire qui autorisait le donataire à s'en tenir aux biens présents ne peut produire d'effet; mais il reste la disposition principale, la donation de biens à venir, et le donataire se trouve placé dans la situation régie par les articles 1082 et 1083 : il n'a droit qu'aux biens existants au jour du décès, et aussi, il faut l'ajouter sans hésitation, aux biens que le donateur aurait aliénés à titre gratuit depuis la donation. Le texte, il est vrai, ne parle que des biens existants, mais c'est par opposition aux biens présents à l'époque de la dona-

tion. Privé de l'option qui pouvait faire de lui un donataire de biens présents, le donataire de biens présents et à venir est au moins donataire des biens à venir, et il serait impossible d'expliquer raisonnablement pourquoi l'absence d'un état des dettes présentes, à l'époque de la donation, le priverait des droits qu'il aurait eus comme simple donataire de biens à venir.

258 *bis*. II. Nous avons jusqu'ici supposé une omission de l'état des dettes; mais il peut arriver que l'absence de cet état soit la conséquence de la volonté du donateur, qui a entendu dispenser son donataire du payement de ses dettes présentes. Qu'on ne présume pas cette intention, que dans le silence du contrat on pense que le donateur a voulu imposer au donataire le fardeau de ses dettes, que dès lors, l'omission de l'état rendant impossible l'exécution de la volonté du donateur, on prive le donataire de son droit d'option; voilà les règles qui ressortent des articles 1084 et 1085. Mais on ne pourrait aller plus loin sans porter atteinte au principe de la liberté des conventions. Quand le donateur aura expressément déclaré qu'il entend dispenser le donataire de l'acquittement des dettes présentes, dans quel intérêt, et en vertu de quel article pourrait-on refuser effet à cette volonté? Quelle que soit l'opinion sur la question de savoir si, en dehors des contrats de mariage, il peut exister des donataires universels, et si, par conséquent, l'obligation de payer les dettes peut incomber de plein droit à un donataire, on ne peut s'empêcher de reconnaître, qu'un donateur qui se dépouille de tous ses biens peut dispenser le donataire du payement des dettes, et que les créanciers seuls peuvent attaquer un pareil acte par l'action révocatoire. Cette décharge des dettes, licite dans une donation de tous les biens présents faite en dehors d'un contrat de mariage, peut-elle devenir illicite quand elle s'applique à la donation par contrat de mariage, qui peut être, au choix du donataire, une donation de biens à venir ou une donation de biens présents? C'est une augmentation de la libéralité dont des héritiers à réserve pourraient seuls se plaindre si le disponible était par là dépassé.

258 *bis*. III. La solution de cette difficulté entraîne une autre décision. Lorsque l'état a été dressé, mais qu'il est inexact, cette circonstance indépendante de la volonté du donataire ne peut le dépouiller de son option, sous peine de rendre inapplicables les ar-

ticles 1084 et 1085, car il sera bien rare que le donateur n'ait pas omis quelque dette de peu d'importance. Elle doit plutôt faire supposer que le donateur a entendu restreindre aux dettes énumérées dans l'état, l'obligation du donataire pour le cas où il s'en tiendrait aux biens présents. Ce sera, au reste, une question d'intention dont les tribunaux seront juges.

259. Le principe qui fait admettre dans les contrats de mariage les deux espèces de donations ci-dessus, reçoit son application d'une manière plus générale, à toute donation faite sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur (art. 1086).

A cet égard, la loi déroge ici explicitement à l'article 944 et à l'article 945, qui n'en est que la conséquence. Il est, du reste, évident que si ces conditions sont des charges que le donateur reste maître d'aggraver, comme si la donation est faite à condition de payer indistinctement toutes les dettes, le donataire ne peut, pas plus ici que dans les cas ordinaires, conserver l'émolument en se dispensant d'accomplir les charges; mais il peut incontestablement s'affranchir des charges en renonçant à l'émolument.

La loi dérogeant encore explicitement à l'article 946, qui n'est aussi qu'une conséquence du principe posé par l'article 944, ne veut pas que la réserve de disposer, stipulée par le donateur de biens présents, annule la donation des sommes ou objets ainsi réservés. L'effet de cette donation demeure donc subordonné à la disposition que fera ou ne fera pas le donateur de son vivant.

C'est conséquemment au donataire, et non aux héritiers du donateur, qu'appartiendra l'objet ou la somme dont celui-ci n'aura pas disposé : les termes de la loi semblent même supposer que le donataire, au cas de son prédécès, transmettrait l'objet ou la somme à ses héritiers (voy., cependant, art. 1089).

Enfin, et quoique la loi ne s'en explique pas, on ne peut hésiter à voir, dans la faculté générale de disposer sous des

conditions dépendantes de la volonté du donateur, une dérogation à l'article 943 (v., d'ailleurs, art. 947).

Au surplus, un principe commun à toutes les donations ici autorisées, c'est que, ne saisissant pas actuellement et irrévocablement le donataire, elles admettent la substitution vulgaire au profit des enfants à naître. V. art. 1086.

259 *bis*. I. L'article 1086 soustrait les donations par contrat de mariage aux rigueurs de la règle *donner et retenir ne vaut*, et par conséquent il autorise des donations faites sous des conditions potestatives de la part du donateur, donations qui, d'ordinaire, seraient nulles en vertu de l'article 944. Cependant il ne faut pas exagérer la portée de l'exception faite par l'article aux règles sur les conditions potestatives. Si la donation était faite sous une condition suspensive, purement potestative, c'est-à-dire si la condition était la volonté même du donateur : *si je veux*, la donation ne pourrait avoir d'effet, car il résulterait de l'acte lui-même que la volonté de donner n'existait pas encore au temps de la donation, et il faudrait une nouvelle volonté, manifestée dans les formes légales, pour faire plus tard la libéralité. Nous supposons une condition suspensive, car s'il s'agissait d'une condition résolutoire, il n'y a pas de raison pour que son caractère purement potestatif vicie la donation. Il est vrai qu'il n'y a pas d'obligation quand le débiteur s'est réservé de détruire le lien à sa volonté (art. 1174); mais il ne s'agit pas ici de la théorie des obligations; l'inexistence du lien ne détruit pas l'intention de faire une libéralité; la donation révocable, moins avantageuse que la donation irrévocable, ne cesse pas pour cela d'être une libéralité (art. 1096), et du moment qu'on ne rencontre pas la règle *donner et retenir ne vaut*, on ne comprend pas pourquoi la révocabilité directe serait plutôt prohibée que la révocabilité indirecte, autorisée par l'adjonction d'une condition potestative ou d'une réserve de disposer de l'objet.

259 *bis*. II. La donation autorisée par l'article 1086, même lorsqu'elle a pour objet des biens présents, n'est pas une véritable donation de biens présents, elle ne confère au donataire qu'un droit révocable, analogue à celui qu'un testament confère au légataire; aussi n'y a-t-il pas lieu de confondre cette donation avec celle qu'autorise l'article 1081; celle-ci, irrévocable par sa nature, in-

vestissant le donataire d'un droit actuel, suppose que ce donataire est capable, et par conséquent ne peut être faite au profit des enfants à naître; par la même raison elle n'est pas exposée aux chances de caducité par le prédécès du donataire; celle-là, au contraire, imparfaite jusqu'à la mort, peut être faite aux enfants à naître, et devient caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité.

259 *bis*. III. Une distinction cependant est nécessaire dans presque tous les cas prévus par l'article : quand la donation tout entière est exposée à la révocation, elle a tout entière ce caractère d'imperfection qui justifie la vocation éventuelle des enfants à naître, et la caducité possible de la disposition. Mais quand on suppose une donation avec réserve en faveur du donateur du droit de disposer d'un des objets donnés, il faut scinder la donation : pour les objets dont le donateur s'est réservé la disposition, il y a une donation qui serait nulle en dehors des contrats de mariage, qui n'est valable que par le privilége du contrat de mariage, et qui, par conséquent, est soumise aux règles spéciales sur la caducité et sur la capacité des enfants non conçus; mais la donation est une donation ordinaire de biens présents, une libéralité irrévocable, pour les objets dont le donateur n'a pas réservé la disposition, et il faut alors à cette partie de la libéralité appliquer l'article 1081.

259 *bis*. IV. En autorisant la réserve de disposer d'un objet, l'article explique que cette réserve ne détruit pas le droit du donataire, et que si le donateur meurt sans en avoir disposé, le bien appartient au donataire; la loi ajoute : ou *à ses héritiers*, disposition inconciliable avec l'article 1089, qui déclare la donation caduque quand le donataire est prédécédé sans enfants, et avec l'art. 1086 lui-même, puisqu'elle semble attacher à la qualité d'héritiers un droit que les enfants auraient *proprio jure*, comme appelés directement à recueillir le profit de la donation; disposition, par conséquent, qui doit être interprétée d'après sa combinaison avec l'ensemble des règles de la matière, et restreinte dans son application aux seuls descendants. C'est par une reproduction malheureuse de l'article 18 de l'ordonnance de 1731 que le mot héritier s'est glissé dans cet article. L'ordonnance ne soumettait pas les donations qui nous occupent à la caducité pour cause de prédécès, aussi pouvait-elle citer les héritiers comme profitant de la donation après le dona-

taire; mais l'article 1089, en modifiant le système général de la loi, aurait dû nécessairement entraîner une modification dans les expressions de l'article.

On a essayé, il est vrai, d'expliquer les mots de l'article 1086 en distinguant les donations sous condition suspensive et celles sous condition résolutoire. Pour les premières, on reconnaît qu'elles sont caduques au cas de prédécès du donataire sans postérité, et que par conséquent les héritiers du donataire ne recueillent pas l'objet donné; mais on décide qu'il doit en être autrement pour les donations sous condition résolutoire : si le donateur a déclaré investir actuellement le donataire, en se réservant le droit d'anéantir plus tard la donation par un acte de disposition au profit d'une autre personne; en effet, a-t-on dit, la propriété est alors acquise au donataire au jour de la donation; elle passe à ses héritiers, quels qu'ils soient, quand il vient à mourir, sauf l'effet de la condition résolutoire; mais le droit ne s'ouvre pas en la personne des héritiers du donataire, à la mort du donateur; il est ouvert depuis longtemps en la personne du donataire, et il subsiste parce que la condition résolutoire ne s'est pas réalisée.

Cette décision n'a pas le mérite de justifier complétement la rédaction de l'article 1086, puisqu'elle laisse subsister le reproche fait au législateur, toutes les fois que la réserve de disposer de l'objet est présentée comme condition suspensive; elle a de plus l'inconvénient d'introduire une distinction importante sur l'article 1089, qui ne distingue pas. Toutes les donations autorisées par l'article 1086 sont caduques par le prédécès; soustraire à cette règle les donations sous condition résolutoire, c'est détruire presque toute l'application de l'article 1089 à l'article 1086, car presque toujours les différentes réserves dont parle l'article 1086 se présenteront sous forme de condition résolutoire; soit qu'on ait dit que le donataire payerait les dettes du donateur, soit qu'on ait réservé la faculté de disposer d'un objet ou d'une somme, le plus ordinairement le donataire aura été investi, sauf à être plus tard dépouillé. Ainsi donc, dans les cas les plus fréquents, dans ceux mêmes énumérés par l'article, il faudrait refuser d'appliquer l'article 1089.

Indépendamment de cette raison de texte, si on examine les motifs de l'article 1089, on les trouve militant aussi énergiquement pour la caducité des libéralités sous condition résolutoire que pour

celle des donations sous condition suspensive. De quelque manière que soit conçue la condition, dans tous les cas prévus, la donation dépend jusqu'à la mort du donateur de la volonté de celui-ci; c'est à cette circonstance que la loi s'est attachée pour considérer cette donation comme imparfaite, et la soumettre à la caducité tant qu'il n'existe pas un droit définitivement acquis.

260. La même faveur qui fait autoriser, dans les contrats de mariage, des dispositions contraires au droit commun, devait, à plus forte raison, faire dispenser généralement les donations contenues dans ces actes, d'une condition de pure forme, telle que l'acceptation en termes exprès (v. art. 932). Ces donations, sans doute, exigent, comme toutes autres, le concours des volontés; mais ce concours existe par cela seul que le donateur et le donataire ont été parties au contrat de mariage, et la loi ne veut pas que le défaut de termes exprès serve de prétexte pour soutenir qu'il n'y a pas acceptation. V. art. 1087.

261. Nous savons déjà que le même principe fait excepter de la révocation pour cause d'ingratitude les donations *en faveur de mariage* (art. 959) : or, ce caractère ne peut être contesté à aucune de celles qui sont faites aux époux par contrat de mariage. Il en est autrement de la révocation pour survenance d'enfants (art. 960).

262. Une autre règle, applicable à toute donation faite en faveur du mariage, comme en général à toutes conventions matrimoniales, en subordonne naturellement l'effet à la condition du mariage projeté : si donc la condition ne s'accomplit pas, il y a caducité. V. art. 1088.

263. Une libéralité, étant essentiellement personnelle, ne peut en général se transmettre, si elle n'a fait impression sur la personne qui en est l'objet. Cela posé, on conçoit que les donations qui ne dépouillent pas actuellement le donateur, et qui ne deviennent pleinement irrévocables qu'à son décès, soient, comme les dispositions testamentaires, susceptibles de caducité par prédécès. Ce principe comprend les donations

autorisées par les articles 1082, 1084, 1086. Mais d'un autre côté, la substitution vulgaire des enfants à naître, substitution écrite dans les articles 1082 et 1086, et nécessairement sous-entendue dans l'article 1084, constituant ceux-ci personnellement donataires au lieu et place de leurs père et mère, la caducité n'aura lieu par prédécès qu'autant que le donateur survivra à l'époux donataire et à sa postérité. V. art. 1089.

263 *bis*. I. En résumant ce qui a déjà été dit, au point de vue de la caducité, sur les diverses donations autorisées en faveur des époux, nous trouvons que les donations de biens présents, quand elles conservent leur caractère d'irrévocabilité, investissent définitivement le donataire, et ne sont pas exposées aux chances de caducité : que les donations de biens à venir, au contraire, qui jusqu'à la mort du donateur, ne confèrent au donataire aucun droit actuel, sont anéanties si ce donataire prédécède : qu'il en est de même des donations de biens présents et à venir, simple variété des donations de biens à venir, caduques même quant aux biens présents, parce qu'elles ne se décomposent pas en deux donations qui auraient chacune leurs conditions d'existence, mais que leur caractère dominant est celui des donations de biens à venir, et que ce n'est qu'après la mort du donateur que le donataire peut user d'un droit d'option qui restreint aux biens présents les effets de la libéralité.

Quant aux donations autorisées par l'article 1086, nous avons établi qu'elles étaient toutes exposées à la caducité, sans distinguer si elles étaient soumises à des conditions suspensives ou résolutoires. Nous ne ferons, sur ce point, qu'une restriction à la généralité de l'article 1089. Si on suppose une donation faite sous une condition potestative suspensive; par exemple, si je me marie, et que la condition s'accomplisse du vivant du donataire, la donation doit alors échapper à toute chance de caducité, car elle est devenue parfaite, elle a conféré dès lors un droit irrévocable, aussi bien qu'une donation pure et simple, et il n'y a plus de raison pour la subordonner à la survie du donataire. Il faudrait en dire autant d'une donation sous condition résolutoire si la condition avait défailli : par exemple, le donateur a soumis la donation à la résolution s'il épouse une personne déterminée, et cette personne est morte sans avoir été épousée par le donateur.

263 *bis*. II. L'événement qui produit la caducité, c'est, d'après la formule de l'article, le prédécès du donataire et de sa postérité, formule incomplète, qui, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire (nº 255 *bis*. II), doit être complétée d'après les textes précédents et l'esprit général de notre chapitre. Il ne peut, en effet, être question ici que de la postérité issue du mariage en faveur duquel la donation a été faite. Le texte des articles 1082 et 1086 est formel sur ce point, l'intention du donateur ne doit pas être douteuse; quand il fait une libéralité dans un contrat de mariage, peut-on supposer qu'il embrasse dans sa pensée des enfants à naître d'une autre union? Enfin, les faveurs exceptionnelles que la loi accorde aux donations par contrat de mariage, n'auraient plus leur raison d'être, lorsque ces donations profiteraient à des enfants issus peut-être d'un mariage antérieur, et en tout cas d'une union dont la célébration ultérieure ne pouvait être alors ni prévue ni désirée.

263 *bis*. III. Comme l'effet de la donation dépend de l'existence du donataire ou des donataires au jour du décès du donateur, on comprend que des difficultés puissent s'élever quand il existera quelque incertitude sur la vie ou la mort du donataire. Le sort de la donation dépendra, en pareil cas, de la décision prise sur le point de savoir qui devra faire la preuve; les héritiers du donateur devront-ils prouver que le donataire est mort sans postérité, ou au contraire devra-t-on prouver, dans l'intérêt des donataires, leur survie au donateur? Si on s'attachait aux expressions de l'article 1089, on pourrait imposer aux héritiers du donateur le fardeau de la preuve, parce que, dirait-on, il s'agirait d'établir la défaillance d'une donation qui a été valable. Mais il ne faut pas se laisser séduire par ce raisonnement, car on rencontre les mêmes expressions en matière de legs, et néanmoins on n'impose pas aux héritiers l'obligation de prouver la caducité de la disposition. On trouve, à propos des legs, comme on doit trouver ici une application de la théorie consacrée par l'article 135; il s'agit, dans ces deux cas, de réclamer un droit échu à une personne dont l'existence n'est pas reconnue et doit être prouvée. Ceci doit être admis sans difficulté pour les donations de biens à venir ou de biens présents et à venir, qui ne confèrent qu'une espérance analogue à celle donnée au légataire, et bien qu'il existe au point de vue de l'irrévocabilité

une notable différence entre le droit du légataire et celui des donataires dont nous parlons, le droit de ceux-ci n'en est pas moins une sorte de droit de succession, soumis par sa nature même à la condition de l'article 135. Il en est de même des donations faites en vertu de l'article 1086 sous des conditions suspensives, puisqu'elles n'investissent le donataire d'un droit qu'à l'arrivée de la condition, qu'alors seulement il peut réclamer, et qu'alors, par conséquent, il doit prouver qu'il se trouve dans les conditions prescrites par la loi.

Mais il en est autrement quand la donation est faite sous une condition résolutoire, parce qu'elle a produit ses effets, et que le donataire déjà saisi n'a rien à réclamer, que par conséquent les héritiers demandeurs doivent prouver la caducité qui sert de base à leurs prétentions.

264. Les donations autorisées par les articles 1082, 1084 et 1086, participent, comme on a pu s'en convaincre, de la nature des donations entre-vifs et de celle des donations à cause de mort. Il peut en résulter des difficultés pour déterminer d'une manière générale l'époque ou les époques auxquelles doit être exigée la capacité, soit du donateur, soit du donataire (1). Toutefois, on ne peut douter que la capacité du donateur ne soit requise à l'époque de la donation; car c'est l'application d'un principe commun à la donation entre-vifs et au testament.

Quant au donataire, les dispositions de la loi sur la caducité par prédécès ne permettent pas d'hésiter sur la nécessité de sa capacité au moment du décès du donateur.

264 *bis*. I. La capacité du donateur et celle du donataire ne sont pas requises aux mêmes époques pour la validité des donations, suivant qu'elles sont entre-vifs ou testamentaires; pour les donations entre-vifs, les parties doivent être capables au moment de l'acte, parce que tout est consommé à cette époque; en matière de testament, au contraire, si on exige la capacité du testateur au moment de la confection du testament, parce que c'est alors que sa volonté se

(1) Voy. *Thémis*, tom. VII, p. 476.

manifeste; on exige à l'ouverture du droit, c'est-à-dire au décès, la capacité de recueillir chez le légataire, et celle de transmettre en la personne du disposant. M. Demante a exposé dans la *Thémis*, t. VII, p. 476, un système qui appliquait aux donations de notre chapitre les règles sur les legs. Il posait en principe que le donateur devait être capable en fait et en droit, lors de la donation, ce qui ne peut faire doute, puisque c'est une règle commune aux donations et aux testaments, puis, qu'il devait être capable de transmettre au jour de son décès. En sorte que s'il avait été frappé de mort civile dans l'intervalle (aujourd'hui condamné à une peine afflictive et infamante perpétuelle, loi du 31 mai 1854), la donation ne pourrait avoir d'effet; d'après l'article cité de M. Demante, les donations dont il s'agit étaient des actes ayant pour objet la succession, dépouillant les héritiers plutôt que le donateur, et par conséquent soumis aux règles sur la capacité de transmettre par testament.

Quant au donataire, M. Demante exigeait sa capacité au jour du décès, puisqu'il recueille en ce moment, mais il considérait comme indifférente sa capacité ou son incapacité à l'époque de la donation, puisqu'à cette époque il ne s'opère aucune transmission à son profit.

Nous avons entendu nous-même M. Demante rétracter cette doctrine, et réfuter son article de 1825 par des raisons qui nous paraissent déterminantes (Cours de 1840). Il démontrait d'abord, quant au donateur, qu'il était inutile d'exiger sa capacité à l'époque de la mort, parce qu'il avait fait lors de la donation un acte définitif et irrévocable, que sa volonté était désormais impuissante sur le sort de cet acte, et que le droit du donataire devait, quand il se réaliserait plus tard, produire ses effets depuis le jour de la donation.

A l'égard du donataire, les mêmes raisons démontrent que sa capacité doit être requise non-seulement au jour de la mort, mais au jour de la donation. S'il acquiert de ce jour un droit, et il l'acquiert puisque son sort est indépendant de la volonté du donateur, il doit être capable à cette époque; il est vrai qu'on exigera encore sa capacité lors du décès, parce que son acquisition se complète et se parfait en ce moment. Mais on ne peut voir dans cette règle autre chose qu'une règle analogue à celle qui régit les

legs conditionnels. Le légataire conditionnel doit être capable à la mort du testateur et à l'arrivée de la condition, c'est-à-dire quand naît son droit éventuel, et quand ce droit devient parfait, de même que les donataires de biens à venir doivent être capables à l'époque de la donation et à celle du décès. Une seule objection peut être présentée contre ce système, elle naît de la disposition qui, permettant d'appeler des enfants à naître au bénéfice de la donation, semble considérer comme inutile la capacité du donataire au jour de la donation. Mais c'est là une disposition exceptionnelle dont il faut se garder de tirer des conséquences, et qui, d'ailleurs, perd une grande partie de son importance, en raison de ce fait que les enfants ne peuvent pas être donataires au premier rang, mais qu'ils doivent être appelés au défaut de leurs père ou mère, et que, par conséquent, il existe un donataire capable à l'époque de la donation.

264 *bis*. II. Ces solutions ne nous paraissent pas devoir être admises sans distinction pour les donations faites en vertu de l'article 1086. En effet, la donation sous une condition suspensive dépendant de la volonté du donateur, n'est parfaite qu'à l'arrivée de la condition, et il est indispensable que le donateur soit capable quand il manifeste cette nouvelle volonté, qui seule donne vie et force à la libéralité précédemment faite. Par la même raison, on peut bien aussi, dans cette hypothèse, exiger la capacité du donataire au jour de la donation et lors de l'arrivée de la condition; mais il serait difficile de justifier une doctrine qui prolongerait jusqu'au décès du donateur la nécessité de la capacité en la personne du donataire : puisque la donation est soustraite à toute éventualité à partir de l'événement de la condition, elle doit être, de ce jour, traitée comme une donation pure et simple.

Restent les donations sous conditions résolutoires dépendant de la volonté du donateur. Celles-là créent un droit le jour de l'acte, ce qui suppose à cette époque capacité chez le donateur et chez le donataire; mais elles ne sont parfaites qu'à la mort du donateur. Il s'opère à cette époque une confirmation de la première investiture par la persévérance du donateur dans sa volonté; à cette époque donc, le donateur et le donataire doivent être capables l'un de transmettre, et l'autre de recueillir.

265. La faveur dont jouissent les donations par contrat de

mariage, ne doit pourtant pas leur faire sacrifier les droits des héritiers à réserve. Elles sont donc, comme toute autre libéralité, réductibles, lors de l'ouverture de la succession, à la quotité dont il est permis de disposer. V. art. 1090. Du reste, malgré l'analogie que présentent avec les dispositions testamentaires les donations faites dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086, leur irrévocabilité doit évidemment faire appliquer, pour leur réduction, non la disposition de l'article 926, mais celle de l'article 923.

265 *bis*. I. Il n'y a pas de difficulté à appliquer aux donations de biens à venir et de biens présents et à venir l'article 923, c'est-à-dire à les considérer comme réductibles à leur date, après les legs et après les donations postérieures. Ces donations ne peuvent être révoquées directement par la volonté du donateur, et par conséquent le motif de l'article 923 s'applique à elles comme aux donations ordinaires; on peut être seulement embarrassé de bien déterminer les faits qui donneront lieu à cette réduction. Car, si on suppose une donation universelle, les libéralités postérieures sont nulles en vertu de l'article 1083, et il ne sera pas nécessaire de soulever la question de réduction. La difficulté, cependant, peut naître d'abord si on suppose une donation de biens à venir à titre particulier. Elle naîtra encore si la donation est à titre universel, par exemple de la moitié des biens que le donataire laissera à son décès; dans ce cas toute libéralité postérieure sera nulle pour la moitié, en vertu de l'article 1083; et valable pour l'autre moitié, elle sera réductible avant la donation de biens à venir.

265 *bis*. II. Nous ne pouvons pas donner une solution aussi simple quand il s'agit des donations sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur. Des distinctions sont nécessaires. Il faut parler d'abord de la donation sous condition suspensive, puis de celle faite sous condition résolutoire.

Quand la condition est suspensive, nous ne trouvons pas de difficulté à préférer le donataire aux légataires et aux donataires postérieurs à l'accomplissement de la condition. En effet, si la condition s'est accomplie, et il faut le supposer, elle s'est accomplie et la donation est devenue parfaite avant le décès du disposant, le droit du donataire est devenu irrévocable avant la naissance du droit du

légataire, et le donateur ne peut pas porter atteinte à ce droit par un acte de sa volonté. La même raison assure la préférence du donataire sur les donataires postérieurs à l'arrivée de la condition.

Mais on ne peut plus donner la même solution dans les rapports du donataire sous condition suspensive potestative et des donataires antérieurs à l'arrivée de la condition. Si la condition à laquelle est subordonnée la donation était une condition casuelle, son accomplissement rendrait rétroactivement la donation parfaite du jour où elle a été faite, et par conséquent le donateur n'aurait pas pu porter directement ou indirectement atteinte aux droits du donataire; d'où la conclusion que la donation la plus ancienne devrait être réduite la dernière, sinon la donation postérieure aurait diminué les droits du donataire. Mais, dans notre hypothèse, il ne faut pas oublier que la condition est potestative, qu'elle dépend de la volonté du donateur; dès lors, si on admettait que la condition accomplie a, en pareil cas, un effet rétroactif, il en résulterait que le donateur pourrait, par sa volonté, détruire en tout ou en partie la donation faite postérieurement à la donation conditionnelle. De ces deux donataires, le premier avait un droit imparfait quand le second a acquis son droit : si par un acte de sa volonté le donateur confère postérieurement à la première donation les caractères de la perfection, et si cette donation doit désormais primer la seconde, cette seconde donation se trouve révoquée en tout ou en partie par la volonté du donateur, ce qui est inadmissible. Pour éviter ce résultat si contraire aux principes des donations, ne vaut-il pas mieux considérer le donateur comme ayant renoncé, quand il a fait la seconde donation, au droit de rendre la première parfaite par un acte de sa volonté, en tant que cette perfection pourrait nuire au second donataire? Et ne fait-on pas une application éclairée de l'article 923, quand, au lieu de s'en tenir aux dates apparentes des deux actes, on traite comme plus récent celui que la volonté du donateur n'a complété que le dernier?

Quand la condition potestative est résolutoire, il n'y a plus qu'à comparer le donataire aux légataires et aux donataires postérieurs à la donation, et il ne faut plus distinguer les donataires antérieurs ou postérieurs à l'accomplissement de la condition, puisqu'il faut, au contraire, supposer que la condition ne s'est pas réalisée. Comparé aux légataires, le donataire est préférable. Bien que le sort de la donation

reste incertain jusqu'à la mort du donateur, et que par conséquent le droit du donataire semble naître en même temps que ceux des légataires, cependant la position du donataire et des légataires est bien différente; ceux-ci n'avaient aucun droit, celui-là avait un droit qui, bien que résoluble, avait une existence en fait et en droit; la résolution n'étant pas survenue, ce droit se trouve confirmé dans son existence bien antérieure à celle des legs, et rien ne s'oppose ici à cette espèce de rétroactivité de la condition, parce que nous ne voyons pas que dans l'intervalle entre la naissance du droit conditionnel et l'événement qui rend ce droit parfait, un tiers ait acquis du donateur un droit irrévocable dont l'existence ferait obstacle à tout acte de volonté confirmant la première libéralité.

Si nous plaçons, au contraire, le donataire sous condition résolutoire potestative en regard d'un donataire postérieur, nous considérons le premier donataire comme devant subir la réduction avant le second. Les raisons qui nous ont déterminé à préférer au donataire sous condition suspensive les donataires antérieurs à l'arrivée de la condition, militent ici avec la même énergie. Le donateur, par sa seconde donation, s'est dépouillé du droit de rendre la première parfaite au détriment du second donataire; le sort de cette seconde donation ne peut pas dépendre du caprice du donateur révoquant ou confirmant la première, par conséquent il faut s'attacher, pour opérer la réduction, non pas à la date apparente des donations, mais à leur date réelle, c'est-à-dire au moment où toutes deux sont devenues parfaites et définitives.

CHAPITRE IX.

DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

266. Sous le nom de dispositions entre époux, la loi comprend également ici les libéralités que se font les futurs en vue de l'union projetée, et celles qui ont lieu entre les conjoints depuis le mariage contracté. Dans l'un et l'autre cas,

les rapports intimes qu'entraîne ou va entraîner à sa suite l'union conjugale, sont un motif suffisant pour soumettre ces libéralités à des règles spéciales. Parmi ces règles, il en est de particulières aux donations par contrat de mariage (v. art. 1091, 1093, 1095); il en est de toutes différentes pour les donations faites pendant le mariage (v. art. 1096, 1097); enfin il en est de communes aux deux classes (V. articles 1094, 1098, 1100).

267. A l'égard des donations par contrat de mariage, elles sont, en quelque sorte, des conditions du futur mariage, et des conditions arrêtées à une époque d'indépendance et de liberté. On ne voit pas dès lors pourquoi la loi ne leur accorderait pas, en général, autant de faveur qu'à celles qui sont faites au même titre par des tiers. Les futurs peuvent donc, sous les restrictions qui seront indiquées, se faire *telle donation qu'ils jugeront à propos*, ce qui comprend évidemment toutes celles qui sont autorisées par le chapitre précédent. Et, comme ces donations, malgré l'analogie qu'elles peuvent présenter avec les dispositions à cause de mort, sont toujours, sous certains rapports, irrévocables, la loi sans doute n'oblige pas, mais elle permet, de les faire mutuelles ou réciproques. V. art. 1091.

268. Ces diverses donations sont, en général, soumises aux mêmes règles que les donations du même genre qui seraient faites par des étrangers (art. 1092, 1093).

Ainsi, la donation entre-vifs de biens présents (voy. art. 1081), n'est pas ici, plus que dans les cas ordinaires, réputée faite sous la condition de survie; seulement, cette condition dont l'introduction se justifierait facilement par la qualité des parties, et qui n'a, d'ailleurs, rien de contraire à l'essence des donations entre-vifs, peut y être ajoutée, mais il faut l'exprimer formellement. V. art. 1092.

269. Quant à la donation des biens à venir ou des biens présents et à venir (et par là, il faut évidemment entendre toute donation faite dans les termes des articles 1082, 1084,

1086), simple ou réciproque, peu importe, elle diffère en un seul point de celle que ferait un tiers : ainsi, comme elle ne peut être réputée faite dans l'intérêt des enfants à naître, elle ne leur est pas transmissible en cas de prédécès du donataire; c'est-à-dire que les enfants ne sont pas vulgairement substitués à leur père ou mère. V. art. 1093.

269 *bis*. I. La pensée de la loi est mieux exprimée quand on dit que les enfants ne sont pas substitués vulgairement à leur père ou à leur mère donataire, que quand on parle de la transmissibilité de la donation. Cette dernière expression pourrait faire croire qu'il s'agit de régler le sort de la donation déjà recueillie par le donataire; celle-là se transmet, sans aucun doute, aux enfants héritiers de l'époux donataire, mais il n'en est pas question dans l'article; l'hypothèse prévue est celle de la survie du donateur, et c'est dans ce cas que les enfants sont déclarés dénués de tout droit à recueillir de leur chef la libéralité.

Il est important de se rendre compte de l'intérêt et de la portée de la règle posée par l'article. D'abord son intérêt paraît nul, puisqu'il s'agit d'une libéralité dont les effets sont reculés jusqu'au décès du donateur, et qu'à cette époque les enfants, nécessairement héritiers de ce donateur, confondraient en leurs personnes deux droits tendant au même résultat, s'ils joignaient au titre d'héritiers celui de donataires. Il ressort cependant des règles qui régissent les donations dont il s'agit, que les enfants auraient comme donataires des droits qui ne pourraient leur appartenir comme héritiers. Ainsi quand il s'agira d'une donation faite conformément aux art. 1082 et 1084, les enfants, s'ils étaient donataires, pourraient écarter tout donataire postérieur ou tout légataire, et dans le cas de l'art. 1084, en optant pour les biens présents, ils évinceraient même des ayant cause à titre onéreux. Dans les deux hypothèses ils conserveraient, au détriment d'enfants d'un autre lit, toute la quotité disponible. Enfin, quand il s'agira des donations autorisées par l'article 1086, les enfants auraient encore intérêt à être traités comme donataires, dans l'hypothèse d'une donation sous condition résolutoire, pour être préférés à des enfants d'un autre lit, si le parent donateur mourait sans que la résolution se fût réalisée; et dans l'hypothèse d'une condition suspensive, pour l'emporter, la condition accomplie, sur

tout donataire postérieur à l'arrivée de la condition, à tout légataire et à tout enfant d'un mariage subséquent.

269 *bis*. II. Il résulte clairement de l'article que la substitution vulgaire des enfants n'est pas sous-entendue dans les donations entre futurs époux; mais on ne donnerait pas à l'article toute la portée qu'il doit avoir si on l'interprétait comme refusant seulement aux enfants cette vocation éventuelle tacite. Il faut aller plus loin, et reconnaître que la volonté expresse du donateur ne pourrait même pas appeler les enfants à naître, à défaut de l'époux donataire. Le texte de l'article 1092 est formel sur ce point, car il déclare la donation intransmissible aux enfants à naître, et ne se contente pas de dire que la transmissibilité ne se présumera pas. C'est, du reste, un retour aux règles générales du droit, qui déclarent incapables de recevoir les enfants non encore conçus, et par conséquent, si le sens de la disposition était douteux, il devrait être interprété plutôt en faveur de la règle qu'en faveur de l'exception.

270. Il n'y a, du reste, aucune difficulté à faire aux donations des futurs époux l'un envers l'autre, quelques biens qu'elles aient pour objet, l'application des articles 1087 et 1088.

271. Une autre observation qui les comprend également toutes, et que la loi n'a pas eu besoin de rappeler ici, parce qu'elle s'en est expliquée ailleurs, c'est qu'elles ne sont pas révocables pour survenance d'enfants (art. 960). La faveur du conjoint, la probabilité de la naissance des enfants, enfin le défaut d'intérêt de ceux-ci, qui doivent également succéder au donataire et au donateur, ces considérations réunies suffisent pour motiver l'exception.

271 *bis*. Elles sont révocables pour cause d'ingratitude; l'article 959 s'applique exclusivement aux donations que des tiers font aux époux. C'est la doctrine exposée ci-dessus par M. DEMANTE, n° 102 *bis*. I, II (1).

272. Nous avons vu que les donations faites par les tiers aux époux en contrat de mariage, sont soumises aux règles

(1) V. C. c., Cass., 26 février 1856, Dev. 1856-1-193.

ordinaires sur la quotité disponible (v. art. 1090). Au contraire, la loi établit des limites particulières dans lesquelles elle autorise les dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

Ces limites varient suivant que le donateur laisse ou non des enfants ou descendants.

273. S'il n'y en a pas, ce sont toujours les principes ordinaires qui servent de base; seulement, la limite est reculée en faveur du conjoint. Ainsi, l'on déterminera toujours le disponible d'après les articles 915 et 916, et le conjoint pourra le recevoir en pleine propriété; mais, si ce disponible n'est pas de la totalité des biens, le conjoint pourra recevoir, en outre, l'usufruit de tous les biens indisponibles. V. art. 1094, al. 1; et remarquez que les héritiers à réserve, probablement plus âgés que l'usufruitier, puisque ce ne peut être que des ascendants de son conjoint, se trouveront ainsi réduits à un droit presque toujours stérile de leur vivant.

273 *bis*. I. Dans l'ordre naturel et légitime des affections, l'époux se place avant l'ascendant; par une juste appréciation de leur situation respective, la loi aurait donc pu priver entièrement l'ascendant de sa réserve quand le donataire est le conjoint du donateur; mais elle aurait peut-être ainsi consacré un résultat contraire à sa propre pensée si l'époux donataire meurt avant l'ascendant, puisque celui-ci se trouverait dépouillé au profit des héritiers de l'époux; en assurant au contraire à l'ascendant la nue propriété de la réserve, la loi règle le sort de la donation conformément aux intentions et aux affections du donateur : en première ligne elle place le conjoint, mais le conjoint seul et non ses héritiers, et après lui elle garantit le retour de la portion réservée à l'ascendant ou à la famille. Cette première partie de l'article 1094 ne mérite donc pas les reproches qu'on lui a quelquefois adressés. Du moment que la loi jugeait convenable d'augmenter le disponible en faveur de l'époux, aucun autre procédé n'aurait pu aussi bien satisfaire au vœu du disposant et à l'intérêt de la famille; car, si, séduite par cette considération que l'époux du donateur survivra probablement à l'ascendant, la loi avait renversé sa proposition et au-

torisé au profit de l'époux la disposition de la réserve en nue propriété, la famille du disposant eût été à jamais privée de cette portion de ses biens, et de plus, le but du conjoint donateur n'eût pas été atteint; car ce que veut surtout assurer au conjoint survivant celui qui prévoit son prédécès, c'est une position pécuniaire qui lui permette de continuer le genre de vie auquel il était habitué pendant le mariage. Il ne peut atteindre ce but qu'en lui attribuant des revenus; une nue propriété peut assurer l'avenir d'une famille, l'établissement d'enfants (or, nous supposons qu'il n'en existe pas), mais elle ne fournit à l'époux aucune ressource pour éviter de passer de l'aisance à l'état de gêne, en même temps qu'il a vu succéder le veuvage au mariage.

274. Lorsqu'il existe des enfants ou descendants, la loi, qui établit d'après leur nombre le calcul de la quotité disponible ordinaire (v. art. 913, 914), n'a aucun égard à ce nombre, pour déterminer la portion qu'elle permet de donner au conjoint. Cette portion peut toujours être d'un quart en propriété (c'est-à-dire, incontestablement, en pleine propriété), et d'un autre quart en usufruit; mais lors même que le don ne consisterait qu'en usufruit, il ne devrait toujours porter que sur la moitié des biens, et l'on ne pourrait remplacer par une portion plus forte d'usufruit, le quart en propriété que l'on s'abstiendrait de donner. Telle est, nécessairement, la pensée du législateur, lorsqu'après avoir autorisé la disposition plus considérable d'un quart en propriété et d'un autre quart en usufruit, il ajoute, *ou la moitié de tous les biens en usufruit seulement.* V. art. 1094, al. dern.

274 *bis*. I. La portion de l'article qui détermine la quotité disponible en faveur de l'époux quand il reste des enfants du mariage, a donné naissance, par sa comparaison avec l'article 913, à de sérieuses difficultés. Si on s'attache, en effet, et exclusivement, au texte de l'article 1094, la quotité disponible semble fixe et invariable, quel que soit le nombre des enfants laissés par le défunt; tandis que, d'après les règles ordinaires, le disponible est en raison inverse du nombre des réservataires, il serait ici uniformément déterminé pour tous les cas où le donateur laisse un ou plusieurs

descendants. Mais cette interprétation conduit à des résultats qu'on a trouvés étranges, et a été, en conséquence, vigoureusement combattue.

On a constaté d'abord, qu'ainsi calculée, la quotité disponible en faveur du conjoint était tantôt plus considérable et tantôt moindre que la quotité disponible au profit d'un étranger. Si le défunt laisse trois enfants, il peut donner à son conjoint un quart en propriété et un quart en usufruit, tandis qu'il ne pourrait donner à un étranger que le quart en propriété; s'il laisse un seul enfant, c'est l'étranger qui peut recevoir la quotité la plus considérable, la moitié en pleine propriété : tandis que l'époux ne peut être gratifié que d'un quart en propriété et un quart en usufruit. L'article, a-t-on dit, doit être extensif ou restrictif, il doit avoir sa raison d'être dans la faveur méritée que la loi accorde au titre d'époux, ou dans la crainte que peut inspirer une influence nécessaire; mais il ne peut être à la fois extensif et restrictif, considérer la qualité d'époux à la fois comme un titre de faveur et comme une cause de méfiance. S'il en était ainsi, le Code serait coupable d'une grave inconséquence. Tel serait cependant le résultat de la doctrine qui traiterait le conjoint tantôt mieux et tantôt moins bien qu'un étranger; et c'est une présomption bien puissante contre cette doctrine que la nécessité où elle place l'interprète de faire au législateur un aussi grave reproche.

Tout est simple, au contraire, et on aperçoit nettement l'esprit de la législation, quand on considère l'article 1094 comme simplement extensif de la quotité disponible ordinaire, qu'on pose en principe, qu'écrit en faveur de l'époux, il ne peut jamais devenir une arme contre lui, et que, par conséquent, l'époux peut recevoir le disponible fixé par l'article 913, quand ce disponible est supérieur à celui que détermine l'article 1094.

274 *bis*. II. Avant d'examiner les arguments sur lesquels s'appuient les deux interprétations de l'article 1094, et pour les examiner sans prévention, il faut d'abord apprécier ces objections, car il est évident qu'elles ont été la cause déterminante de l'opinion qui veut étendre la quotité disponible; et en effet, si l'article, entendu dans l'un des deux sens, est absurde, on devra bien facilement accepter l'autre.

Mais il n'en est rien; on peut, en effet, justifier en législation

la disposition qui fixerait une quotité disponible invariable entre époux, et qui, par conséquent, traiterait le conjoint tantôt mieux, tantôt plus mal qu'un étranger; cette disposition a sa raison d'être, et elle n'est pas sans exemple.

La législation qui régit les relations entre époux est dominée par deux idées diamétralement opposées l'une à l'autre : idée de faveur légitimement due à la qualité d'époux et au fait du mariage, idée de méfiance, crainte de l'abus d'une influence que l'union des époux a créée, et que leur affection même ne peut qu'augmenter. Le Code Napoléon n'a pas choisi entre ces deux principes; il n'a pas, partout et toujours, considéré la qualité d'époux comme un titre à des dispositions favorables et exceptionnelles, partout et toujours il n'a pas redouté l'influence au point d'être plus sévère sur les rapports entre époux que sur les rapports entre étrangers. On trouve, dans notre Code, des dispositions qui traitent les époux plus favorablement que des étrangers, et d'autres qui prohibent entre époux des actes permis entre personnes qui ne sont pas unies par le lien du mariage. Ainsi, on voit les époux respectivement appelés à la succession l'un de l'autre; on voit leurs conventions matrimoniales échapper aux règles restrictives qui régissent les associations; on voit la prescription suspendue en faveur de l'époux créancier de son conjoint ou propriétaire d'un bien dont celui-ci est détenteur. Mais, d'un autre côté, la vente est défendue entre époux, et si la donation n'est pas absolument prohibée, comme dans l'ancien droit romain, au moins ne peut-elle être faite irrévocablement. L'antagonisme des deux principes qui dominent la législation, peut donc se retrouver dans l'article 1094, sans qu'il y ait à s'en étonner, et la loi ne peut pas être accusée d'inconséquence, si elle se laisse diriger, suivant les circonstances, tantôt par les considérations favorables à l'époux, et tantôt par les craintes que peuvent inspirer sa qualité et sa légitime influence.

Que la qualité d'époux soit tantôt une cause d'extension, tantôt une cause de restriction de la quotité disponible, cela résulte du point de vue sous lequel on envisage les libéralités entre époux, et de la mesure de ces libéralités. En effet, les libéralités entre époux sont inspirées par un tout autre sentiment que celles faites à un étranger. Elles sont ordinairement l'accomplissement d'un devoir; il s'agit, pour l'époux qui prévoit son prédécès, d'assurer au sur-

vivant les moyens de vivre honorablement dans le veuvage. Or, les besoins de l'époux sont indépendants du nombre des enfants; qu'il y ait peu ou beaucoup d'enfants, la fraction nécessaire pour assurer la subsistance du conjoint reste la même; il n'y a pas de raison pour qu'elle augmente quand diminue le nombre des enfants. La loi a mesuré, d'après les besoins de l'époux, la part qui peut lui être attribuée, elle a permis de lui donner cette portion alors même qu'elle dépasse le disponible ordinaire; voilà la part de la faveur. Mais, en compensation, quand la règle ordinaire conduirait à donner plus que cette fraction, les craintes de l'influence conjugale reprennent la supériorité. La qualité d'époux est donc une cause d'extension du disponible en tant qu'il s'agit d'assurer à l'époux la fraction nécessaire à son existence; au delà, elle est une cause de restriction.

Nous avons dit, en outre, qu'on pouvait trouver dans le Code Napoléon l'exemple d'une législation à la fois favorable et défavorable à certaines personnes, les traitant mieux ou plus mal que des étrangers, en deçà ou au delà d'une certaine limite. Nous faisons allusion à la législation sur les enfants naturels, mieux traités que les étrangers, puisqu'ils ont des droits *ab intestat* (art. 756) et même une réserve; plus rigoureusement traités, du reste, puisqu'ils ne peuvent recevoir à titre gratuit au delà de la portion que la loi leur assigne (art. 908). Or il y a de grandes lumières à tirer de ce rapprochement, car l'intention que nous attribuons aux rédacteurs de l'article 1094, est certainement la pensée dominante à propos des enfants naturels; dans la limite de ce qui peut assurer leur existence, la loi accorde des droits aux enfants naturels, au delà elle redoute leur influence, et ne permet pas même de les traiter comme des étrangers.

274 *bis*. III. Quand on a ainsi montré qu'on peut concevoir raisonnablement un système qui déterminerait d'une manière invariable la quotité disponible entre époux, on a fait faire un grand pas à la question en la concentrant sur le terrain de l'interprétation des textes, et en la débarrassant du raisonnement par l'absurde.

Sur le terrain des textes, ceux qui considèrent l'article 1094 comme ne dérogeant à l'article 913 que dans le sens extensif, s'appuient sur la rédaction même de l'article, rédaction facultative et non restrictive, l'époux *pourra donner* et non pas l'époux *ne pourra*

donner que ; d'où il y a lieu de conclure que l'intention de la loi a été d'augmenter et non de réduire le disponible; car dans les articles où la loi a bien certainement voulu fixer une limite infranchissable, elle a su employer la formule négative et coercitive au lieu de la formule affirmative et permissive. (V. 913 et 1098.)

Ce texte s'éclaircit, ajoute-t-on, par l'histoire des dispositions que le Code Napoléon a consacrées à la fixation de la réserve et du disponible; en effet, dans les premiers projets sur le titre des donations, l'article 16, qui est devenu l'article 913, établissait une quotité disponible invariable d'un quart; l'article 151 (1094), une quotité également invariable d'un quart en propriété et un quart en usufruit; l'article 1094 était donc conçu dans un esprit de faveur pour le conjoint : quand on a modifié l'article 913 et laissé subsister l'article 1094, l'esprit de cette dernière disposition a-t-il pu changer? est-elle devenue une règle défavorable au conjoint après avoir été écrite dans son intérêt?

Les auteurs mêmes du Code ont témoigné de leur intention sur ce point, et on cite des paroles de M. Berlier dans la discussion sur l'article 1098 (séance du 27 ventôse an XI) qui prouvent qu'on considérait l'époux comme pouvant recevoir autant qu'un étranger quand il ne restait qu'un enfant du mariage.

274 *bis.* IV. Ces arguments ne nous paraissent pas déterminants, et nous pensons que la quotité disponible a été fixée pour tous les cas, sans variation possible. L'argument de texte tiré de l'absence d'une restriction dans l'article 1094, n'a pas la puissance qu'on veut lui donner; car si l'article ne contient pas en apparence la restriction qu'on cherche, il la contient implicitement par la nature de sa disposition; constater, en effet, la possibilité de disposer jusqu'à un certain chiffre, n'est-ce pas établir l'indisponibilité au delà? De plus, on trouve dans l'article 1099 la restriction qui manquerait à l'article 1094, car en établissant qu'il n'est pas permis de donner indirectement au delà de ce qui est permis par la disposition ci-dessus, la loi montre bien qu'elle considère les dispositions précédentes, et notamment l'article 1094, comme contenant des limites infranchissables, et non pas comme étendant, le cas échéant, une quotité disponible qui pourrait souvent être plus considérable.

Enfin, si on cherche comment aurait pu être conçu l'art. 1094 pour que la difficulté qui nous occupe ne pût être soulevée, on trouve

qu'en donnant à son expression une forme négative et restrictive on déplaçait la difficulté sans la trancher. Si on eût dit : *L'époux* NE *pourra donner* QUE, on eût alors clairement repoussé l'application de l'article 913 quand cette application eût été favorable à l'époux. Mais des jurisconsultes auraient pu, raisonnant comme ceux que nous combattons, s'appuyer sur l'emploi de la formule restrictive, et envisager l'article comme destiné à réduire le disponible et jamais à l'étendre, en sorte qu'ils auraient refusé à l'époux l'addition d'un quart en usufruit quand il y a trois enfants; ils auraient dit : L'article fixe un *maximum*, mais dans les limites de ce *maximum* il faut appliquer l'article 913; de même qu'aujourd'hui on veut le considérer comme fixant un *minimum*, sauf à appliquer l'article 913 toutes les fois qu'il tendrait à dépasser ce *minimum*. La formule restrictive (*ne pourra*) n'aurait donc pas mieux traduit la pensée de la loi que la formule permissive (*pourra*); toutes deux laisseraient subsister un doute, nécessiteraient une interprétation, dès lors on ne peut pas invoquer le texte, attacher une grande importance à l'absence d'une négation dans la phrase, et il faut chercher ailleurs les éléments de sa conviction.

274 *bis*. V. Si on les cherche dans l'histoire de la disposition qu'il s'agit d'interpréter, on trouve, il est vrai, que dans les divers remaniements des règles sur la quotité disponible, l'article 1094 est toujours resté ce qu'il était dans le premier projet, tandis que l'article 913 a été modifié, que ce dernier établissant dans le principe une quotité disponible invariable, a définitivement consacré un système qui, pour les pères ayant moins de quatre enfants, augmente ou diminue le disponible suivant que le nombre des enfants augmente ou diminue. Mais du changement survenu dans la théorie et dans le texte de l'article 913, n'est-il pas imprudent de conclure que le système de l'article 1094 a été changé, sans que le texte ait subi la moindre modification, en sorte que l'article étant resté le même, son sens serait devenu tout différent, et n'est-il pas plus naturel de croire que si l'article 1094 reproduit littéralement l'article 151 du projet, c'est qu'il a identiquement la signification qu'avait cet article 151, c'est-à-dire qu'il fixe invariablement, dans le cas spécial régi par notre chapitre, la quotité disponible?

On ne saurait non plus trouver des raisons déterminantes en faveur de l'opinion que nous combattons dans les paroles des au-

teurs du Code Napoléon, car si M. Berlier a pu, discutant l'article 1098, c'est-à-dire à propos d'une autre hypothèse, interpréter l'article 1094 dans le sens extensif; d'un autre côté, M. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs, et M. Jaubert dans son rapport au Tribunat, présentent l'article comme limitatif de la quotité disponible entre époux. Enfin, un fait de la plus haute gravité confirme notre interprétation de la volonté législative; le Tribunat avait rédigé une observation tendant à mettre l'article 1094 en harmonie avec l'article 913, et à permettre de donner au conjoint tout ce qui pouvait être donné à un étranger; l'article était donc entendu par le Tribunat dans le sens restrictif, seulement le Tribunat en demandait la modification, et le Conseil d'Etat l'a laissé subsister tel qu'il était au projet, consacrant ainsi la décision que le Tribunat combattait, et que nous nous sommes efforcés de soutenir.

Ainsi donc, en envisageant l'article 1094 dans sa lettre, dans ses motifs, dans son histoire, on est conduit à le considérer comme établissant une théorie spéciale sur la quotité disponible entre époux, et réglant invariablement le chiffre de cette quotité sans tenir compte du plus ou moins grand nombre d'enfants laissés par le donateur : c'est la théorie de la jurisprudence (1).

274 *bis*. VI. Dans la comparaison que nous venons de faire entre la quotité disponible ordinaire et celle fixée par l'article 1094, nous avons toujours considéré ce dernier article comme fixant le disponible à un quart en propriété et un quart en usufruit. Il ne faut pas oublier, cependant, qu'il contient une alternative sur la portée de laquelle il est nécessaire de se fixer.

Dire que l'époux pourra donner un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement, n'est-ce pas offrir une alternative illusoire, proclamer sans nécessité qu'on peut le moins quand on peut le plus, édicter, en un mot, une règle insignifiante, comme celle qui établirait qu'on peut donner le quart et même le huitième. Il n'en est rien, cependant, la pensée du législateur apparaît clairement, il s'agit de proscrire tout calcul qui tendrait à donner au conjoint plus de moitié en usufruit, en rem-

(1) V. C. de Nîmes, 10 juin 1807. — C. R. Riom, 8 mars 1842; Dev., 1842-2-254. — C. R. Montpellier, 8 février 1843; Dev. 1843-2-220. — C. c., rejet 3 décembre 1844; Dev., 1845-1-277.

plaçant par une fraction quelconque d'usufruit, un quart ou un huitième par exemple, le quart de nue propriété qu'on aurait pu lui donner et qu'on ne lui donnerait pas. Cette crainte des avantages en jouissance dépassant l'usufruit de la portion disponible, est un vestige des premiers projets sur la quotité disponible en général; l'article 17 du premier projet du gouvernement, proposé en l'an VIII, limitait la quotité disponible en faveur d'un étranger au quart en usufruit aussi bien qu'au quart en propriété, et l'article 151 (1094) était parfaitement en harmonie avec ce système. Les règles sur la quotité disponible ordinaire ont été complétement changées, et l'article 17 remplacé par l'article 917, mais l'article 1094 est resté ce qu'il était dans le projet primitif, et par conséquent la loi a consacré entre époux la double règle qu'elle avait d'abord voulu généraliser, l'invariabilité du disponible, et l'égalité du disponible en jouissance au disponible en propriété.

L'article 1094, en fixant expressément le *maximum* des dispositions possibles en usufruit, rend simple et facile la réduction de ces libéralités quand elles sont excessives, en rendant inutile tout calcul sur la valeur comparée de l'usufruit et de la propriété; et par conséquent il écarte dans le cas qu'il prévoit l'application de l'article 917. Nous avons vu, en effet, que ce dernier article devait son existence à la suppression de la règle qui fixait le disponible en usufruit, et par suite à la difficulté d'arriver par des calculs à une appréciation exacte de la quotité donnée en jouissance, comparée à la quotité disponible, fixée par le législateur en propriété. Or, l'article 1094 a continué à déterminer le *maximum* du disponible en usufruit, la réduction n'exige aucun calcul estimatif, par conséquent il contient un système complet, dont l'article 917 ne pourrait que détruire l'harmonie; car il rendrait tout à fait vides de sens les mots *ou la moitié en usufruit seulement,* puisqu'il autoriserait le donataire d'un usufruit, supérieur à la moitié, à retenir le quart en propriété et le quart en usufruit, si les héritiers ne consentaient pas à ne pas réduire l'usufruit donné (1).

274 *bis.* VII. Si la loi a fixé le *maximum* du disponible en jouissance, si, par conséquent, elle ne contraint pas les héritiers à

(1) V. C. R. Bourges, 12 mars 1839; Dev., 1839-2-273. — C. R. Angers, 8 juillet 1840; Dev., 1840-2-391. — C. I. Orléans, 12 janvier 1855; Dev., 1855-2-543.

abandonner un quart de nue propriété pour tenir lieu des fractions d'usufruit supérieures à la moitié, c'est qu'elle a jugé nécessaire d'assurer au moins aux enfants la jouissance de la moitié des biens, et de ne pas permettre que directement ou indirectement cette jouissance soit diminuée; et c'est cependant ce qui serait arrivé si on avait placé les enfants dans la nécessité d'abandonner à tout jamais une part de la propriété, ou de consentir à subir sans réduction les effets d'une libéralité en usufruit dépassant la moitié du patrimoine. Ces raisons qui justifient la solution écrite dans l'article 1094 quant aux libéralités en usufruit, conduisent à la même décision quant aux libéralités consistant dans des rentes viagères; l'article 917 n'est pas plus applicable dans ce cas que dans l'autre. Il est l'expression d'un système qui n'a pas été adopté pour les donations prévues par l'article 1094, et il y aurait inconséquence à le déclarer inapplicable au cas d'usufruit, pour y puiser une règle quand il s'agit de rente viagère. Dans la pensée du législateur, l'article 917 lui-même le démontre, les libéralités viagères ont été opposées aux libéralités en perpétuel, et c'est dans les principes mêmes de l'article 1094 qu'on doit chercher la règle pour toutes les libéralités en viager, plutôt que dans un article dont on refuse d'appliquer la disposition principale.

La disposition capitale de l'article 1094, en ce qui touche le point que nous traitons, c'est que les enfants ne peuvent être dépouillés de plus de la moitié de la jouissance du patrimoine. Quelle raison pourrait-on trouver pour autoriser cette atteinte portée à leur jouissance par la création d'une rente viagère plutôt que par la constitution d'un usufruit? Pourquoi autoriser à remplacer ce que la rente viagère contiendra d'excessif par le quart en nue propriété, si on ne peut pas substituer ce quart de nue propriété aux fractions d'usufruit excédant la moitié? Les raisons ne sont-elles pas identiques, et n'y a-t-il pas lieu de craindre que l'enfant se trouve ainsi indirectement contraint à subir dans sa jouissance une réduction supérieure à celle que permet la loi? Doit-on se montrer si disposé à appliquer un article (917) qui, dénaturant la libéralité, convertissant en avantage perpétuel un avantage viager, donne le plus souvent un résultat contraire à celui qu'avait prévu le donateur ou testateur?

Nous n'apercevons pas de difficulté sérieuse quand l'époux aura

donné à son conjoint l'usufruit de moitié, plus une rente viagère; cette dernière partie de sa libéralité sera excessive, et la donation devra se réduire à l'usufruit de moitié, comme si l'époux avait donné l'usufruit des trois quarts.

Mais la question deviendra plus difficile quand l'époux aura reçu une rente viagère seule, parce qu'alors il sera difficile d'apprécier si la rente est ou n'est pas excessive. Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'estimer, d'après les probabilités de vie ou de mort du donataire, ce que vaut la rente viagère en capital, parce qu'alors nous soumettrions cette rente à la mesure du disponible en perpétuel, tandis que par sa nature de disposition viagère, elle doit être soumise à la portion de l'article 1094, qui détermine le disponible en viager. Il faut donc uniquement la comparer à la quotité disponible en jouissance, c'est-à-dire à l'usufruit de la moitié, et la réduire à la jouissance de la moitié du patrimoine.

On peut supposer trois hypothèses : ou la rente est égale au revenu de la moitié des biens : ou elle est supérieure à ce revenu : ou elle lui est inférieure. Il faut examiner ces trois hypothèses.

Quand le chiffre des arrérages de la rente est égal à celui de la moitié du revenu des biens, il peut sembler que la libéralité n'est pas excessive; cependant, il faut tenir compte des charges qui grèvent l'usufruit, et aussi des éventualités qui peuvent diminuer la valeur des biens et leur revenu, et qui peuvent rendre la rente, fixe et invariable dans son chiffre, plus onéreuse pour les héritiers que l'usufruit de moitié. Il faut donc admettre que l'héritier pourrait à une époque quelconque refuser de payer la totalité de la rente, en démontrant que le revenu des biens a diminué et que la moitié de ce revenu est inférieure aux arrérages de la rente viagère; seulement, pour que l'héritier pût jouir de ce droit, il faudrait qu'il n'eût pas aliéné les biens, et qu'il pût prouver, par conséquent, qu'il est véritablement atteint par la diminution du revenu des biens.

Si les arrérages de la rente sont supérieurs à la moitié du revenu des biens, il faudra d'abord réduire la rente au chiffre de ce revenu, sauf à la réduire encore si, par des événements postérieurs, le revenu diminuait. Cette hypothèse présente la plus grande analogie avec la précédente.

Enfin, quand les arrérages sont inférieurs à la moitié du revenu,

la rente doit être servie jusqu'à ce que, par événement, le revenu devenant insuffisant, on retombe dans les précédentes hypothèses, et qu'on se trouve avoir le droit de diminuer la prestation annuelle.

Il peut paraître étrange d'admettre un système qui ne statue pas *ab initio* sur le sort de la libéralité, qui ne déclare pas immédiatement si elle est réductible ou si elle ne l'est pas; mais c'est la conséquence de la nature du droit conféré au donataire ou au légataire, droit viager, réductible par conséquent dans les proportions d'un usufruit; droit discontinu, s'exerçant périodiquement, mettant chaque année le donataire, créancier, en face des héritiers, ses débiteurs, et pouvant, par conséquent, chaque année donner lieu à un calcul entre ce donataire et ces héritiers; et on ne saurait voir quelque chose d'antijuridique dans ces calculs annuels sur l'étendue d'un droit, car on admet assez généralement (1) une doctrine qui produit ce résultat, en matière de droit d'usage, au moins quand les besoins de l'usager sont inférieurs au revenu du bien; on laisse alors le propriétaire en jouissance, et il est obligé de délivrer chaque année à l'usager la part des fruits à laquelle il a droit, d'après sa position et la composition variable de sa famille (2).

274 *bis*. VIII. Des difficultés d'interprétation peuvent naître de ce fait, que l'article 1094, au lieu de fixer le *maximum* du disponible, détermine en réalité deux *maxima*. Quand un disposant aura donné à son conjoint ce dont la loi permet de disposer, ou tout le disponible, on pourra chercher s'il a donné le disponible le plus

(1) V. Proudhon, *Usuf.* V, 2760. — M. Duranton, V, n. 27. — Zachariæ, Aubry et Rau., II, § 232, n. 4.

(2) Notre doctrine sur la réduction de la rente viagère est contraire : 1° à celle des auteurs qui, appliquant toujours aux époux les règles qui peuvent les favoriser, doivent nécessairement leur attribuer le bénéfice de l'article 917, aussi bien quand il s'agit d'usufruit que de rente viagère (V. Benech, *De la quotité disponible entre époux*, p. 435 et s.); 2° à celle des auteurs qui, refusant d'appliquer l'article 917 aux donations en usufruit, parce que l'article 1094 traite ce cas, mais qui, trouvant ce dernier article muet sur la rente viagère, se croient obligés d'aller chercher une solution dans le chapitre qui contient les règles générales sur le disponible et la réduction (V. Proudhon, *Usufruit*, 1, 435); 3° à d'autres auteurs et à un arrêt qui, sentant bien qu'il faut accepter ou rejeter l'article 917 dans toutes ses parties, le mettent hors de cause, et décident qu'il faut estimer la rente viagère, la réduire par comparaison au disponible le plus fort (un quart en propriété et un quart en

fort ou le plus faible; c'est là une question d'intention dont la solution dépendra souvent des termes employés, qui sera notamment résolue sans difficulté si on a déclaré donner tout le disponible en usufruit; mais en l'absence de toute circonstance particulière, nous pensons qu'il y a lieu d'attribuer au donataire la plus forte quotité disponible, car le sens de la formule sur laquelle nous discutons est surtout extensif, et la pensée qu'elle traduit est bien de donner le *maximum* de ce qui peut être donné.

Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de discuter sur le cas où la disposition aurait pour objet une alternative ainsi conçue : le quart en propriété et le quart en usufruit ou la moitié en usufruit; une telle libéralité a la plus grande analogie avec celle qui aurait pour objet deux chevaux ou un cheval : 10,000 francs ou 5,000 francs. Elle semble indiquer la possibilité d'un choix, et par la force des choses le choix est fait d'avance : si c'est le débiteur qui choisit, il optera pour la moindre quantité; si c'est le créancier pour la plus considérable. Le seul point à régler, c'est à qui appartiendra le le choix ; d'après les principes il doit appartenir au débiteur, c'est-à-dire aux héritiers du testateur ou au donateur. Mais on aurait pu l'attribuer expressément au créancier. Dans les deux cas on peut dire que c'est là une disposition mal conçue, que dans le premier cas la libéralité porte sur la moindre quotité, et dans le second sur la plus considérable, qu'elle est pure et simple et qu'elle n'est alternative qu'en apparence.

275. La loi applique ici aux donations par contrat de ma-

usufruit), mais lui conserver son caractère viager pour respecter les intentions du testateur (V. M. Troplong, n. 2574, et un arrêt de la C. I. de Rouen, 9 avril 1853, cité par cet auteur). Les objections qui nous déterminent contre cette opinion sont : 1° la nécessité d'une double estimation de la rente viagère, en premier lieu pour savoir si, estimée en capital, elle est excessive; en second lieu pour apprécier quelle doit être la rente pour rester dans les limites du disponible ; 2° la différence faite par cette doctrine entre les libéralités en usufruit et celles en rentes viagères; celles-là, moins onéreuses pour les héritiers, restreintes cependant à la moitié; celles-ci, plus lourdes, pouvant s'élever à une valeur d'un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, en sorte que par le résultat des estimations et suivant l'âge du donataire, la rente pourrait absorber plus de la moitié de la jouissance des biens, et ne laisserait plus aux réservataires la moitié en jouissance que l'article a voulu avant tout leur assurer.

riage le principe qui rend habile aux conventions matrimoniales celui qui est habile à se marier (v. art. 1398). Ainsi, le mineur, quoique en général incapable de donner (voy. art. 903 et 904), peut faire cette espèce de donation; mais il ne le peut sans le concours et l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour le rendre habile à se marier. Du reste, avec cette assistance, sa capacité est la même que celle du majeur. V. art. 1095, 1309, 1398; et remarquez que la loi ne se contente pas de l'intervention du tuteur ou curateur, et qu'elle ne paraît pas même exiger cette intervention.

276. La crainte qu'un sentiment d'affection mutuelle ne portât trop facilement les époux à se dépouiller l'un envers l'autre, et surtout la crainte que les donations qu'ils pourraient se faire ne fussent point l'œuvre d'une volonté bien libre, avait d'abord fait proscrire entièrement, à Rome, les donations entre époux (v. *Ulp.*, L. 1, *Paul*, L. 2; *Ulp.*, L. 3, *ppio*, ff. *De don. int. vir. et ux.*). Mais dans le dernier état du droit romain, elles valaient si elles étaient confirmées à la mort; cette confirmation s'induisait même de l'absence de révocation (v. *Ulp.*, L. 32, ff. *dict. tit.*). Notre Code a adopté l'équivalent de cette jurisprudence, à l'égard des donations faites pendant le mariage, en les permettant, mais les déclarant essentiellement révocables. Ainsi la faculté de révoquer ne dépendra nullement de la qualification qui serait attribuée à la donation; car il arrivera souvent qu'elle soit qualifiée entre-vifs, sans acquérir par là un caractère qu'elle ne peut obtenir, et sans être pour cela frappée de nullité.

Cette faculté est tellement essentielle, que, pour ne point l'entraver, la loi déroge ici à la règle générale qui soumet à la nécessité de l'autorisation les actes de la femme mariée.

Du reste, à raison même de cette faculté, et en outre par les autres motifs qui s'appliquent à toutes donations entre époux, ces donations ne sont pas susceptibles de révocation de plein droit par survenance d'enfants. V. art. 1096; et remar-

quez que, le caractère d'irrévocabilité cessant, il va sans dire que ces donations peuvent comprendre les biens à venir, et qu'elles peuvent se faire sous toute condition dépendante de la volonté du donateur (v. au surplus, art. 947).

276 *bis*. I. Il est nécessaire de déterminer d'abord le caractère de la donation entre époux, les effets que nous devons lui attribuer découleront de ce caractère.

Bien que qualifié donation, cet acte ne peut être compris dans les termes de la définition que le Code Napoléon donne de la donation entre-vifs (art. 894). Celle-ci est essentiellement irrévocable, la libéralité entre époux essentiellement révocable; elle paraît, au contraire, à raison de ce caractère, se rapprocher beaucoup plus des dispositions testamentaires, mais elle ne peut pas leur être assimilée, car elle suppose le concours de la volonté du donateur et du donataire, c'est par conséquent une convention, un acte qui doit produire immédiatement des effets. La donation entre époux n'est donc ni un legs, ni une donation entre-vifs proprement dite; c'est un acte mixte, dont la nature participe de celle de ces deux actes. Quelle est cependant celle qui domine? A quelle matière devra-t-on plutôt emprunter des règles, à celle des donations, à celle des legs? Tout se borne à examiner si une donation est plus sérieusement dénaturée dans son essence par la condition de révocabilité, qu'un legs, par l'acquisition du caractère de convention et par la production d'un effet immédiat. Or il est clair qu'en théorie pure, en l'absence de dispositions positives de la loi, une donation pourrait se comprendre avec le caractère de révocabilité. Elle contiendrait toujours une libéralité, moins certaine il est vrai, moins grande par conséquent, mais réelle toutefois et procurant au gratifié un avantage immédiat. Si le Code Napoléon reproduit une règle de l'ancien droit qui prohibe, en thèse ordinaire, les donations révocables, il consacre un principe arbitraire qui peut avoir et surtout qui a pu avoir ses raisons d'être, mais dont on comprendrait parfaitement qu'un législateur débarrassât la matière des donations entre-vifs. Supposez, au contraire, s'il est possible, des legs qui auraient leur effet du vivant du disposant, et vous aurez complétement dénaturé la disposition; non pas seulement qu'un pareil acte soit contraire aux règles de la législation positive, au texte de l'ar-

ticle 895, mais parce qu'il contredit l'idée première et nécessaire du legs, libéralité *post mortem*, idée qui n'a pas sa source dans des prescriptions plus ou moins arbitraires de la loi, mais dans la nature même de cette libéralité.

276 *bis*. II. La donation entre époux se rapproche donc plutôt de la donation entre-vifs que du legs, et elle doit être en général régie par les principes auxquels sont soumises les donations, à une exception près cependant, les règles qui découlent du caractère d'irrévocabilité n'ont point d'empire sur la donation entre époux; ainsi cette donation échappe aux conséquences restrictives de la règle *donner et retenir ne vaut*, elle peut notamment avoir pour objet des biens à venir ou des biens présents et à venir. (V. art. 947.)

Les règles de forme applicables à la donation entre époux sont celles qui régissent la donation entre-vifs. Ainsi elle doit être faite par acte notarié, acceptée expressément (l'art. 1087 ne lui est point applicable); si elle a pour objet des meubles, elle doit être accompagnée d'un état estimatif de ce mobilier, et si elle porte sur des biens susceptibles d'hypothèque, elle doit être transcrite; les tiers, en effet, sont intéressés à connaître une mutation de propriété qui peut devenir définitive si le donateur décède sans avoir révoqué.

276 *bis*. III. C'est également d'après les principes des donations entre-vifs qu'il faut décider les questions relatives à la capacité du donateur et du donataire. Il existe une différence entre la donation entre-vifs et le testament quant à la capacité de donner; le mineur âgé de seize ans au moins peut faire un testament et léguer la moitié des biens dont il eût pu disposer s'il eût été majeur. La donation, au contraire, ne peut être faite par un mineur, sauf le cas prévu par les articles 1095 et 1398. L'époux mineur ne peut faire à son conjoint une donation, même dans les limites fixées par l'article 904; malgré la révocabilité de cette disposition, qui la rend moins compromettante pour le donateur, elle doit néanmoins être traitée comme une donation, car ce n'est pas seulement la révocabilité du testament qui est la cause déterminante de l'article 904, c'est que le testament suppose la pensée d'une mort prochaine, et que le disposant est peut-être dans la nécessité de se hâter, s'il veut laisser des souvenirs d'affection ou des témoignages de reconnaissance.

276 *bis*. IV. Si, à l'exception de l'aptitude spéciale du mineur à faire un testament, les règles sur la capacité de donner et de recevoir sont les mêmes, soit qu'il s'agisse d'une donation, soit qu'on traite d'un testament, il n'est pas cependant indifférent de distinguer ces deux différents actes, relativement à la fixation des époques où la capacité est requise, soit chez le donateur, soit chez le donataire. Aussi la décision que nous avons donnée sur le caractère dominant de la libéralité entre époux n'est-elle pas sans influence sur ce point. La capacité des deux parties est requise au moment de l'acte, conformément aux règles sur les donations; les circonstances postérieures qui pourraient priver l'une d'elles du droit de donner et de recevoir à titre gratuit, par exemple la condamnation à une peine afflictive et infamante perpétuelle, n'auraient aucun effet sur un acte consommé. Si une décision contraire peut être trouvée dans les textes du droit romain et dans les anciens auteurs qui subissaient l'influence directe du droit romain, c'est que, d'après le sénatus-consulte proposé par Caracalla, la donation ne valait pas dans son principe, mais était réputée confirmée par le prédécès du donateur sans révocation; son effet était donc, en quelque sorte, reporté, avec le premier instant de son existence, au jour du décès du donateur. Il en est autrement aujourd'hui, la donation vaut par elle-même; soumise, il est vrai, à des chances de révocation, elle est soustraite à ces chances par la mort du donateur; mais ce n'est pas alors qu'elle prend naissance, qu'elle crée des droits, et on ne saurait pas plus exiger la capacité du donataire à cette époque que lors de la défaillance de toute autre condition résolutoire.

276 *bis*. V. L'effet de la donation entre époux est de rendre le donataire immédiatement propriétaire ou créancier, s'il est donataire de biens présents; de le saisir immédiatement du droit éventuel aux biens, s'il est donataire de biens à venir ou de biens présents et à venir. Nous l'avons déjà dit, l'acte dont nous parlons est qualifié par son auteur et par la loi elle-même, acte de donation; et, d'après le sens naturel des mots, il est impossible de la considérer comme ne conférant qu'un droit éventuel, réalisable seulement à l'époque de la mort; de plus, la nécessité de l'acceptation du donataire du vivant du donateur, démontre que l'acte doit avoir des effets actuels, car s'il ne devait conférer au donataire que des

droits ajournés au décès du donateur, c'est à cette époque seulement que l'acceptation eût été nécessaire.

Le donataire est immédiatement investi d'un droit, mais comme la donation est révocable, son droit de propriété ou de créance est soumis à une condition résolutoire, la révocation par le donateur. Il faut dès lors appliquer les règles sur la propriété ou les créances conditionnelles. Ainsi le donataire aura la jouissance intérimaire du bien donné, il en gardera les fruits; enfin, il conservera la chose alors même qu'elle subirait une altération profonde, de nature à détruire le droit éventuel d'un légataire.

276 *bis*. VI. A la condition résolutoire qui affecte certainement la donation entre époux, la révocation, nous n'ajouterons pas une autre cause de résolution, le prédécès du donataire. La donation doit conserver son entier effet, malgré cet événement, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une de ces donations, qui, par leur nature, sont soumises à la révocation en cas de prédécès du donataire, comme les donations de biens à venir. Mais pour les donations de biens présents, auxquelles s'applique notre décision, il se présente cependant une difficulté, parce que nous nous retrouvons en présence des causes de doute qui dominent la matière. La donation entre époux est-elle subordonnée comme les legs à la survie du donataire, n'est-elle pas comme les donations entre-vifs indépendante de cette circonstance? Nous avons discuté la question à son point de vue général; si nous l'envisageons sous son point de vue spécial, nous trouvons des motifs puissants en faveur de l'opinion qui considère les donations entre époux comme révoquées par le prédécès du donataire. On peut faire militer en ce sens les souvenirs du droit romain, et présenter comme considération décisive la volonté présumée de l'époux donateur, qui a bien pu consentir à se dépouiller pour son conjoint, mais qui certainement n'a point eu l'intention d'enrichir une famille étrangère. On ajoute un argument tiré du texte même du Code, l'article 1092 décide que la donation de biens présents faite entre époux par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire. Disposition inutile, dit-on, reproduction d'une règle générale qui ne peut avoir été inspirée que par une comparaison tacitement faite par le législateur entre cette donation et celle faite pendant le mariage.

Enfin, on voit dans l'article 1089 la preuve que le législateur

associe d'ordinaire ces deux idées, révocabilité et révocation de plein droit par le prédécès, de ce que les donations faites dans les termes de l'article 1086 sont révoquées au cas de prédécès, on conclut que celles faites entre époux, plus facilement révocables, doivent être au moins exposées à la même chance de résolution.

Ces arguments ne nous paraissent pas décisifs, et nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de créer, dans le silence du texte, une nouvelle cause de résolution de la donation. D'abord quant à l'argument tiré de l'article 1092, il consiste uniquement dans un raisonnement par exclusion, qui doit avoir moins de force que jamais, parce qu'on peut comprendre quelles donations le législateur avait en vue, quand il déclarait que la donation de biens présents par contrat de mariage, n'était pas soumise à la condition de survie. Sans aller chercher bien loin la donation qui est venue se placer dans l'esprit des rédacteurs de l'article 1092, en regard de la donation dont traite cet article, il est bien naturel de penser que si une comparaison a été faite, c'est entre la donation prévue dans l'article 1092 et celle prévue dans l'article 1093, la donation de biens à venir. Pour celle-ci, la condition de survie est indispensable, et dès lors on comprend que, pour la première, on ait dit qu'il en était autrement.

On parle aussi de l'intention du donateur. S'il fallait attacher une grande importance à cette considération, il faudrait généraliser la solution que nous discutons, et l'appliquer à toutes les donations; car on peut dire que presque jamais le donateur ne veut gratifier les héritiers du donataire. Ici même, à propos de notre question, cette considération a moins de puissance qu'en toute autre matière, car il ne faut pas oublier que le donateur peut révoquer et que rien ne lui défend d'user de ce droit, même après la mort du donataire. Et, par conséquent, la lutte ne s'engagera pas entre lui et les héritiers du donataire, mais entre ses héritiers et les héritiers de celui-ci. S'il n'a pas usé lui-même après la mort du donataire du droit de révoquer, c'est qu'il a persévéré dans sa volonté, à moins qu'on ne suppose un cas rare, celui de deux morts presque simultanées; la loi ne s'occupe pas des hypothèses extraordinaires, elle régit les événements habituels de la vie, et peut très-bien ne s'être pas préoccupée de celui que nous supposons.

La révocabilité de la donation et la possibilité d'user du droit de

révocation après le décès du donataire, sont également les raisons de la différence entre la donation faite sous des conditions potestatives (art. 1086) et celle faite entre époux. Si la loi a déclaré la première révoquée au cas de prédécès, c'est que malgré le caractère potestatif de la condition, comme cette condition ne dépend pas exclusivement de la volonté du donateur, on a pu craindre qu'après la mort du donataire, le donateur ne fût pas complétement le maître de révoquer; mais comme une semblable crainte est impossible, quant à la donation entre époux, qui est révocable *ad nutum*, on a jugé inutile d'admettre la révocation de plein droit.

Restent donc, contre notre opinion, les souvenirs du droit romain; ils doivent être impuissants à créer une cause de révocation, car ainsi que nous l'avons déjà dit, notre système est bien de celui du droit romain. Chez nous, la donation est valable dans son principe, sauf révocation, tandis qu'en droit romain, la libéralité ne devenait valable que par une confirmation présumée au moment de la mort, et cette différence, dans la théorie sur la donation entre époux, explique parfaitement pourquoi le Code n'a pas reproduit la règle qui subordonnait la validité de la donation à la survie du donataire (1).

276 *bis*. VII. L'article 1096 s'est occupé de la révocation des donations pour survenance d'enfant, il ne parle pas des autres causes de révocation des donations, l'inexécution des conditions et l'ingratitude. Les dispositions qui les concernent doivent s'appliquer à la donation entre époux. Elles auront, il est vrai, moins d'intérêt à cause de la faculté réservée au donateur de révoquer *ad nutum*, mais elles auront pour les héritiers de celui-ci un intérêt sérieux.

276 *bis*. VIII. Les donations entre époux pendant le mariage sont soumises aux règles sur la quotité disponible (V. art. 1094 et 1098), la solution des difficultés auxquelles peut donner naissance la détermination de cette quotité, ne dépend pas de la nature spéciale des donations entre conjoints. Il en est autrement quant au mode d'opérer la réduction, c'est-à-dire quant à l'application des dispositions de la sect. 2, ch. III, du titre des *Donations*. Si on assimile les donations entre époux aux donations entre-vifs ordi-

(1) C. C. cass., 18 juin 1845; Dev., 1845-1-638.

naires, elles ne doivent être réduites qu'après les legs et les donations plus récentes. Mais, nous l'avons dit, ces donations, dont le caractère dominant est bien celui des donations entre-vifs, diffèrent cependant de celles-ci par leur révocabilité, et on ne doit les soumettre aux règles qui régissent les donations, qu'autant que ces règles n'ont pas leur fondement dans le principe de l'irrévocabilité des donations. Or, c'est précisément en présence d'une règle de cette nature que nous nous trouvons; si les donations sont réduites seulement à leur date, c'est parce qu'elles sont irrévocables et que le donateur ne peut pas directement ou indirectement porter atteinte à une libéralité déjà faite. Nous avons établi, à propos des donations autorisées par l'article 1086 (n° 265 *bis*. II), que la donation révocable devait être préférée aux legs, parce qu'elle avait une existence antérieure à celle des legs, mais que comparée à une donation entre-vifs, elle ne pouvait la primer; en effet, le donateur par sa seconde libéralité a renoncé au droit de confirmer la première, en tant que cette confirmation pourrait nuire au nouveau donataire. Le principe de l'irrévocabilité recevrait une rude atteinte si le donateur pouvait, à son gré, en révoquant ou en ne révoquant pas la donation la plus ancienne, augmenter ou diminuer la donation postérieure en date. Les raisons qui nous ont déterminé au n° 265 *bis*. II, se représentent ici, et nous ne pouvons mieux faire que d'y renvoyer le lecteur.

276 *bis*. IX. La loi est muette sur la manière d'opérer la révocation. Il faut, par conséquent, chercher les règles sur ce point dans une matière qui présente avec celle-ci de grandes analogies, dans le chapitre de la révocation des testaments. Nous admettrons, dès lors, la révocation expresse et la révocation tacite. Pour la révocation expresse, elle devra être contenue dans un testament ou dans un acte notarié. Si des doutes sur ce point ont été autrefois possibles, ils doivent cesser en présence de la loi du 21 juin 1843, qui soumet les actes contenant révocation de donation, comme ceux contenant révocation de testament, à la nécessité de la présence du notaire en second ou des témoins. Placer cet acte, quand il est notarié, dans la catégorie des actes qui requièrent le plus sévèrement l'accomplissement des formalités, c'est bien constater qu'un simple écrit privé serait insuffisant. Mais aussi comme le testament olographe peut aussi bien qu'un acte notarié révoquer

un testament antérieur, il n'y a pas de raison pour qu'on refuse au testament olographe la force de révoquer la donation entre époux.

Les faits d'où on voudra induire une révocation tacite devront être appréciés par les tribunaux, qui s'inspireront nécessairement des idées contenues au chapitre de la révocation des testaments, sans cependant qu'ils soient liés par des dispositions qui ne s'appliquent pas directement aux libéralités sur le sort desquelles ils statueront.

277. La qualité des parties ne faisant point cesser les motifs qui font proscrire, en général, les testaments *doubles* (v. article 968), et ces motifs se trouvant applicables aux donations révocables dont il s'agit ici, la loi établit, d'une manière générale, pour les époux, la prohibition de s'avantager mutuellement pendant le mariage par un seul et même acte. V. article 1097.

278. La faculté de disposer au profit de son conjoint, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, est réduite dans des limites plus étroites, lorsque le donateur est une personne veuve, ayant des enfants, qui se remarie ou qui s'est remariée. L'intérêt des enfants du précédent mariage, trop souvent sacrifiés par le parent qui contracte une nouvelle union, méritait à cet égard une protection spéciale, que les anciens législateurs ne leur avaient pas refusée (1).

Notre Code, adoptant sur ce point les principes de l'édit des secondes noces, basé lui-même sur la loi *hac edictali*, borne la faculté de disposer au profit du nouvel époux, à *une part d'enfant légitime;* la loi ajoute *le moins prenant :* car il serait possible que l'un des enfants se trouvât, par l'effet des avantages faits à ses frères ou sœurs, réduit à une part moindre; et dans ce cas, le conjoint ne doit pas avoir plus que lui. Mais notre Code ne se borne pas là, et par une limitation nouvelle, il ne permet

(1) *Tot. tit.*, Cod., *De sec. nupt.*; v. spécialement *Leo et Anthem.*, L. *hac edictali* 6 h. tit.; Édit de François II, juillet 1560, vulgairement appelé *Édit des secondes noces*.

dans aucun cas d'excéder le quart des biens. V. art. 1098, et remarquez :

1° Qu'à la différence de l'édit, qui ne comprenait que les femmes veuves, bien qu'il reçût dans la pratique une application plus générale, la loi actuelle dispose expressément pour l'homme comme pour la femme;

2° Que la prohibition ne s'applique qu'aux veufs qui ont des enfants, mais que sous le nom d'enfants, on doit évidemment comprendre les descendants, à quelque degré que ce soit;

3° Que dans les termes *second ou subséquent mariage,* la loi embrasse le cas de plusieurs mariages successifs, et qu'en déterminant ensuite ce qu'on peut donner à *son nouvel époux*, elle semble autoriser la donation d'une part d'enfant au profit d'un troisième ou quatrième époux, sans distinguer si l'un des nouveaux n'a pas déjà reçu entre-vifs une valeur égale à une part d'enfant.

Remarquons, 4° que quelque parti qu'on prenne sur cette question, les nouveaux époux ne pourront jamais recevoir, entre eux tous, plus du quart des biens, puisque la loi, supposant plusieurs donations, veut qu'en aucun cas ces donations n'excèdent le quart.

Remarquons enfin que la disposition de l'article 1098, quoique conçue en termes prohibitifs, n'aurait pas pour effet d'entraîner la nullité entière des donations qui excéderaient la mesure fixée. La loi qui emploie ici les mêmes expressions que dans les articles 913 et 915, n'entend certainement pas en tirer une conséquence plus rigoureuse (v. art. 913, 915, 920). Il y aurait donc seulement lieu à réduction, lors de l'ouverture de la succession.

278 *bis*. I. L'article 1098 établit une règle de quotité disponible, par conséquent, malgré le sens apparent des termes de la loi, ce n'est pas au moment du second mariage, mais au moment du décès qu'il faut considérer s'il existe des enfants issus de la précédente union. En effet, le but de la disposition est de protéger les droits héréditaires des enfants du premier lit, et ces droits sont né-

cessairement subordonnés à la survie des enfants. C'est, du reste, une règle générale que le calcul de la quotité disponible ne doit pas dépendre du nombre et de la qualité des héritiers au moment de la donation, mais de leur nombre et de leur qualité au jour du décès.

Nous devons également, à raison du but que l'article s'est proposé, le considérer comme inapplicable dans le cas où tous les enfants du premier lit renonceraient à la succession ou en seraient déclarés indignes. L'article n'aurait plus sa raison d'être, puisque ces enfants seraient sans droit, et ce serait abuser de ses dispositions que de chercher à en faire profiter, dans ce cas, les enfants du second mariage.

278 *bis*. II. Toutes les libéralités sont atteintes par l'art. 1098, mais aussi toutes les libéralités sont autorisées dans les limites qu'il détermine : donation de biens présents, donation de biens à venir, legs, etc. Il ne faudrait pas conclure de la mesure adoptée par la loi, que le second conjoint ne puisse recevoir autre chose qu'une part d'enfant. Dans cette limite, toute espèce de libéralité est possible; ainsi, l'époux peut recevoir une somme d'argent, un immeuble, en un mot des biens présents, et la libéralité ne sera réduite qu'autant qu'elle sera d'une valeur supérieure à la part d'enfant ou au quart suivant les hypothèses.

278 *bis*. III. Toutefois il arrive souvent que dans l'impossibilité d'apprécier d'avance le disponible, soumis quant à son chiffre à des éventualités qui dépendent du nombre des enfants futurs, le conjoint déclare donner une part d'enfant; s'il s'est exprimé ainsi dans un testament, il a fait un legs à titre universel; s'il a donné entre-vifs, c'est une donation de biens à venir, et dans ce second cas même la libéralité est subordonnée à la survie du donataire.

278 *bis*. IV. La portion disponible en faveur du second époux est fixée à une part d'enfant le moins prenant, c'est-à-dire à une part virile, en supposant la succession partagée également entre tous les enfants et le conjoint; celui-ci compte comme un enfant : en sorte que si le donateur laisse quatre enfants, le conjoint a pu recevoir un cinquième, un sixième s'il en laisse cinq, etc. Il n'y a pas, du reste, à distinguer de quel mariage sont issus les enfants, ceux mêmes qui sont nés du second mariage comptent pour la détermination de la part d'enfant, et leur existence est une cause de réduction pour la libéralité reçue par leur propre parent.

278 *bis*. V. Le calcul ainsi fait pourrait quelquefois laisser disponible, en faveur du second conjoint, une moitié ou un tiers; le Code Napoléon a trouvé que ce disponible eût été excessif, et il a posé une seconde limite aux libéralités : elles ne peuvent dépasser le quart, c'est-à-dire qu'un enfant du premier lit qui restera enfant unique, aura à lui seul une réserve aussi considérable que s'il avait deux frères ou sœurs, soit du premier, soit du second mariage.

278 *bis*. VI. Le calcul de la part d'enfant doit se faire de la même manière, soit que le donateur ait donné une part d'enfant, soit qu'il ait attribué à son conjoint des biens présents; seulement, dans cette hypothèse, il faut, pour faire la masse, ajouter aux biens existants les biens reçus par l'époux donataire. C'est la manière d'opérer indiquée par l'article 922, qui contient la règle générale sur le calcul de la quotité disponible, et ce mode d'opérer a l'avantage d'attribuer au conjoint le même chiffre soit qu'on lui ait donné la part d'enfant, soit qu'on l'ait gratifié d'une somme d'argent ou d'un bien déterminé; de même, qu'en matière ordinaire, le donataire a droit à la même quotité, qu'on lui ait donné la portion disponible ou un bien déterminé. On a voulu cependant emprunter à Pothier un système différent, qui consisterait à fixer la part d'enfant d'après la valeur des biens existants sans y ajouter celle des biens donnés. *Exemple :* le donateur a quatre enfants, 100,000 francs de biens en nature, et il a donné à son époux du second lit 50,000 francs, il faudrait calculer la part d'enfant en divisant 100,000 francs par cinq, soit 20,000 francs. L'époux serait réduit de 30,000 francs, qu'il faudrait répartir entre les enfants, à l'exclusion de l'époux. Ce système, contraire à l'article 922, violerait l'article 1098, puisqu'il assurerait aux enfants 27,500 fr., et ne donnerait à l'époux que 20,000 francs, tandis qu'il doit avoir une part d'enfant, et non pas seulement dans les biens existants, mais dans la masse héréditaire. Il consacrerait de plus un résultat bizarre, puisque l'époux aurait une valeur moins considérable que si on lui avait donné une part d'enfant. Il est vrai qu'on cherche à justifier ce résultat en prétendant qu'il s'agit de frapper d'une sorte de peine le donateur et le donataire, qui ont voulu faire ou recevoir une donation excessive au lieu d'une donation de la part d'enfant. Mais, cette considération ne saurait nous déterminer, car il est bien possible en fait que la libéralité, quand elle a été faite, ait

été minime par rapport au patrimoine actuel du donateur, et inférieure selon les probabilités à la part d'enfant, mais que le rapport entre cette donation et la part d'enfant ait changé par suite d'une diminution du patrimoine du donateur. Il est trop difficile de connaître exactement le chiffre du patrimoine, pour que la loi soit supposée avoir voulu traiter le donataire d'une valeur déterminée plus sévèrement que le donataire d'une part d'enfant.

278 *bis*. VII. Nous avons calculé la part d'enfant en supposant que le donateur n'avait pas modifié par des libéralités les droits des enfants dans sa succession. Il peut en être autrement, l'article le suppose en parlant de l'enfant le *moins prenant*. Des enfants peuvent avoir reçu des avantages par préciput; il faudra déduire de la masse les libéralités faites à ces enfants, et n'attribuer au conjoint qu'une part virile dans la masse, cette déduction faite. Cette manière d'opérer ne peut souffrir aucune difficulté quand la libéralité faite à l'enfant ou aux enfants est une donation entre-vifs antérieure à celle faite au conjoint; il est conforme aux principes que la plus ancienne donation diminue les droits du donataire plus récent. Mais il paraît difficile d'étendre cette solution au cas où le conjoint a reçu une libéralité entre-vifs antérieurement à celle faite à l'enfant. Ne porte-t-on pas atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations si on admet que par des libéralités postérieures le donateur peut, en diminuant la part d'enfant, diminuer les droits du conjoint donataire? *Exemple :* Le défunt laisse quatre enfants et un patrimoine de 120,000 francs : il a donné à son second époux, par contrat de mariage, une part d'enfant, et postérieurement, à l'un des enfants, avec dispense de rapport, 7,000 francs. S'il n'avait pas fait cette libéralité, la part d'enfant serait incontestablement d'un cinquième, soit 24,000 francs; si, au contraire, on commence par déduire sur la masse les 7,000 francs donnés à l'enfant, le patrimoine à partager n'est plus que de 113,000 francs, dont le cinquième égale 22,600 francs. L'époux voit sa part réduite de 1,400 francs à raison d'une donation postérieure à la sienne. Le donateur avait donc conservé le droit de révoquer en partie la donation qu'il avait faite par contrat de mariage. Ce résultat serait inadmissible s'il ne s'agissait pas de donations par contrat de mariage. Nous savons que la règle de l'irrévocabilité est observée moins rigoureusement dans cette matière, que le donateur peut

faire des libéralités sous des conditions potestatives, et on peut, dès lors, accepter une disposition législative qui, pour assurer l'égalité la plus absolue entre le second époux et les enfants les moins favorisés, subordonne l'effet de la donation faite à l'époux à l'existence d'actes qu'il dépendra du donateur de faire ou de ne pas faire.

L'objection que nous discutons ne peut d'ailleurs se présenter qu'à propos d'une donation par contrat de mariage, puisqu'une libéralité pendant le mariage serait essentiellement révocable.

278 *bis*. VIII. Quand les avantages faits aux enfants seront de simples avancements d'hoirie, ils ne modifieront aucunement la composition active de la masse à partager, et par conséquent la part d'enfant; les donations devront être rapportées à la masse, et c'est sur la masse ainsi augmentée que se calculera la part d'enfant. Il est vrai que l'article 857 semble proscrire cette manière d'opérer, puisque d'après son texte les donataires ne peuvent ni demander le rapport ni en profiter; mais il faut remarquer qu'ici nous ne nous mettons pas en contradiction avec l'article 857, parce qu'il ne s'agit pas d'un rapport effectif; l'époux donataire n'a pas la prétention de se faire attribuer les biens rapportés pour parfaire sa donation en cas d'insuffisance des biens existants, c'est alors qu'il demanderait le rapport ou qu'il en profiterait; il veut seulement, pour la détermination de ses droits, faire faire un calcul tel que pourrait le faire l'enfant auquel il est assimilé par la loi, qui fixe à une part d'enfant le disponible en sa faveur.

Nous raisonnons en vue de l'acceptation de l'héritier donataire, mais il peut arriver qu'il renonce pour s'en tenir à son don. Dans ce cas, M. Demante a établi (ci-dessus, n° 45 *bis*. II) que le renonçant comptait pour le calcul de la réserve; il doit donc compter dans le calcul de l'article 1098, et alors on doit déduire de la masse non pas la valeur totale de sa donation, mais l'excédant de cette valeur sur sa part virile dans la masse totale, parce que c'est cet excédant qui devient comme une sorte de donation par préciput. Que si le don est inférieur à la part virile que devrait avoir l'enfant s'il acceptait, cette circonstance ne peut nuire au conjoint, qui doit avoir des droits égaux à ceux de l'enfant le moins prenant, et non à la part dont se contente un enfant qui pourrait obtenir davantage.

278 *bis*. IX. On peut supposer, enfin, que les libéralités ont été faites à des étrangers; alors, et sans difficulté, elles diminuent la

masse partageable, la part de chaque enfant et celle de l'époux, quand même ces libéralités seraient postérieures en date à celle faite au conjoint, car les raisons précédemment données à propos des donations par préciput se représentent ici avec la même force.

278 *bis*. X. Les libéralités excessives faites au conjoint sont soumises à la réduction, conformément aux règles exposées plus haut (art. 921 et suiv.), et le droit de demander la réduction appartient à tous les enfants, sans distinction entre ceux du premier et ceux du second lit. On a cependant contesté le droit de ceux-ci, en s'appuyant sur ce que l'article n'est pas fait dans leur intérêt, mais dans l'intérêt exclusif des enfants du premier lit. Certes le motif déterminant du législateur, c'est la protection qui paraît due aux enfants du premier mariage; aussi est-il nécessaire que ces enfants existent et viennent à la succession, pour que la règle sur le disponible soit celle de l'article 1098. Mais quand on se trouve placé dans l'hypothèse de l'article, les enfants du second lit comptent, sans contredit, pour la détermination de la part d'enfant, sans contestation aussi, ils profitent de la réduction demandée par leurs frères et sœurs du premier lit; sinon il y aurait inégalité entre ces enfants, qui, bien que nés de mariages différents, sont enfants du même père ou de la même mère, et ont des droits égaux dans la succession de ce père ou de cette mère (V. art. 745). Il serait dès lors inconséquent de leur refuser l'action en réduction, c'est-à-dire de leur reconnaître un droit sans leur donner le moyen de l'exercer, de les rendre, quant à ce droit, dépendants de la volonté d'autrui, partant de les placer dans une position inférieure à l'égard de leurs frères et sœurs, qui pourraient vivifier ou paralyser leur droit. Bien plus, pour être logique, ne faudrait-il pas refuser à l'enfant du deuxième lit le droit de profiter de la réduction demandée par son frère du premier lit? Car si celui-ci intente l'action, il ne peut agir que dans son propre intérêt et pour sa part, de sorte que pour la portion de l'enfant du second mariage se représenterait toujours la même difficulté : peut-il exercer un droit en vertu d'une disposition qui n'est pas édictée dans son intérêt?

Une dernière observation confirme notre opinion sur ce point : refusez à l'enfant du second lit le droit de demander la réduction dans les termes de l'article 1098, vous ne pouvez pas, cependant, le dépouiller du droit d'agir, s'il y a lieu, en vertu de l'article 1094,

car il doit avoir au moins les mêmes droits que si le donateur avait contracté un seul mariage. Alors vous donnez lieu à deux réductions, quand les enfants du premier lit ne se pressent pas d'agir, l'une en vertu de l'article 1094, l'autre d'après l'article 1098. Double opération qui rend plus incertaine encore la position du donataire, et qui, même après une réduction, le laisse encore, pendant longues années, sous le coup d'un autre retranchement. Incertitude de la propriété, inégalité entre les enfants du même père, tels sont donc les résultats devant lesquels on peut facilement supposer que le législateur ait reculé.

Pothier enseignait notre doctrine (*Contrat de mariage*, n° 567), et rien dans notre article ne peut faire croire que les rédacteurs du Code aient abandonné ici leur guide habituel. Un seul article du Code Napoléon, l'article 1496, jette du doute sur leurs intentions. Dans un cas où il voit un avantage excessif fait au second époux, il donne *aux enfants du premier lit* l'action en retranchement. D'où l'on conclut qu'il la refuse aux enfants du second mariage. Conclusion incertaine et dangereuse, car si jamais on a dû redouter la prétendue règle *qui dicit de uno de altero negat*, c'est dans le cas qui nous occupe, quand il s'agit d'interpréter un article qui, loin du siége de la matière, ne parle qu'incidemment de la difficulté que nous agitons : quand surtout il s'agit de mettre en regard deux hypothèses qui n'ont pas dû se présenter conjointement à la pensée du rédacteur de la loi, parce que l'une, celle énoncée dans l'article, est seule probable, et que l'autre, celle exclue, sera rare et extraordinaire. En effet, si l'article 1496 ne parle que des enfants du premier lit, c'est qu'ils sont ordinairement les principaux intéressés à la réduction, et que ceux du second mariage seront en fait moins ardents à demander la réduction des avantages faits à leur père ou à leur mère.

278 *bis*. XI. Nous avons jusqu'ici déterminé la quotité disponible en supposant un second mariage, mais le donataire peut être un troisième ou quatrième époux, et il faut fixer quel est, en pareil cas, le disponible.

Il n'y a pas de difficulté si le deuxième époux n'a rien reçu ; l'article est applicable au troisième sans que rien puisse modifier les règles que nous avons posées. Il en est de même si la libéralité faite au second époux est devenue caduque, par exemple, si on lui a

laissé une part d'enfant; le prédécès du conjoint détruira l'effet de la libéralité, et rendra libre en faveur du troisième conjoint tout le disponible fixé par l'article 1098.

Mais le deuxième conjoint peut avoir reçu une libéralité que son prédécès n'a pas anéantie, alors il faut déterminer ce que peut recevoir le troisième. On s'accordait généralement autrefois à considérer la part d'enfant comme le *maximum* du disponible en faveur de tous les nouveaux époux réunis, en sorte que le troisième conjoint ne pouvait recevoir que la différence entre la part d'enfant et ce qu'avait reçu le deuxième conjoint, par conséquent ne pouvait rien recevoir si celui-ci avait reçu la part d'enfant tout entière. (V. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 566.) Sous l'empire du Code Napoléon cette doctrine compte de nombreux partisans, qui allèguent en sa faveur l'esprit même de l'article 1098, plus restrictif que l'édit des secondes noces, puisqu'il a limité au quart, le disponible, qui dans l'ancien droit pouvait quelquefois s'élever au tiers ou à la moitié.

Cependant la comparaison du texte de l'article 1098 avec celui de l'édit de 1560, fait apparaître certaines différences d'expression que M. Demante signale dans le n° 278, et ces différences peuvent indiquer un nouveau système quant au point de détail que nous examinons.

En effet, au lieu de dire : Les femmes veuves ne peuvent donner *à leurs nouveaux maris* plus qu'à l'un de leurs enfants, expression collective qui faisait considérer tous les nouveaux époux comme un seul enfant, l'article 1098 suppose un second ou subséquent mariage et fixe le disponible en faveur *de son nouvel époux*, expression individuelle qui nous autorise à penser qu'on a voulu accorder le droit de donner une part d'enfant à chaque nouvel époux. Seulement, la restriction contenue dans la fin de l'article empêchera le cumul de ces parts de devenir trop préjudiciable aux enfants; toutes ces libéralités réunies ne pourront excéder le quart des biens. La seconde donation, par conséquent, devra être réduite à la différence entre la part d'enfant précédemment donnée et le quart du patrimoine.

Il faut remarquer, du reste, que dans ce système la libéralité faite au second époux, et qui ne peut pas dépasser la part d'enfant, subira une diminution par le fait qu'une seconde donation aura été faite au troisième époux. En effet, si nous considérons chaque

époux comme un enfant, la part d'enfant ne sera pas calculée d'après le nombre réel des enfants plus un, mais d'après ce nombre plus deux. Dès que nous répudions le système de Pothier, qui considérait tous les conjoints ensemble comme un enfant, dès que nous trouvons dans l'article 1098 la possibilité d'attribuer à chaque époux une part d'enfant, la donation faite au troisième époux doit produire sur la donation faite au deuxième le même effet que la naissance d'un nouvel enfant. *Exemple :* Le défunt laisse six enfants, il a fait une donation au deuxième conjoint et une autre au troisième époux ; le deuxième conjoint, qui aurait pu recevoir un septième s'il n'avait pas été fait de donation à un troisième époux, ne pourra recevoir qu'un huitième, et cette diminution de la libéralité qui lui est faite n'aura rien de contraire aux principes, puisqu'il s'agit ou de donations révocables ou de donations par contrat de mariage qui admettent des conditions dépendantes de la volonté du donateur.

Le troisième époux a pu, dans l'hypothèse que nous venons de présenter, recevoir une part d'enfant, parce que jointe à celle reçue par le deuxième époux, elle ne dépasse pas le quart ; mais si elle devait dépasser ce quart, la diminution subie par la première donation ne pourrait toujours donner au troisième époux que la différence entre la part d'enfant et le quart. *Exemple :* Le donateur, marié trois fois, a trois enfants, il a donné une part d'enfant au deuxième époux ; la part d'enfant est d'un cinquième, soit quatre vingtièmes, le troisième époux ne peut recevoir un autre cinquième, car ces donations, soit huit vingtièmes, dépasseraient le quart, soit cinq vingtièmes ; il ne peut recevoir que la différence entre le cinquième, et le quart, entre quatre vingtièmes et cinq vingtièmes, soit un vingtième. Quelquefois même il n'y aura pas d'excédant, et le troisième époux ne pourra rien recevoir. *Exemple :* Deux enfants, un second et un troisième époux ; la part d'enfant même diminuée par la présence du troisième conjoint serait d'un quart. Donc rien n'est disponible en faveur du troisième époux.

279. Il est clair que les limites tracées par la loi ne doivent pas être franchies à l'aide de dons indirects (v., à ce sujet, art. 1496, 1527). La loi annule, en conséquence, les donations déguisées, et spécialement celles *qui seraient faites à per-*

sonnes interposées, disons mieux, toutes celles qui seraient faites au conjoint par personnes interposées. V. art. 1099.

279 *bis*. I. L'article 1099 contient deux parties qu'il est difficile de mettre en harmonie, si elles traitent la même hypothèse. En effet, dans le premier alinéa, les donations sont présentées comme réductibles, et dans le deuxième comme nulles. Ou il faut rayer du texte le mot *nulle* et le remplacer par le mot *réductible,* et consentir alors à voir dans le deuxième alinéa une répétition inutile et incorrecte du premier, ce qui, on doit l'avouer, est un moyen un peu violent de mettre d'accord les deux parties de l'article; ou il faut reconnaître que les deux alinéas traitent de deux genres différents de donations : que les unes sont réductibles et les autres nulles.

Il y a, en effet, dans l'article, deux expressions différentes : donations indirectes, donations déguisées ou par personnes interposées. La qualification d'indirectes ne s'appliquerait que fort improprement aux donations déguisées qui gratifient immédiatement le donataire, elle s'appliquerait mieux aux donations par personnes interposées; mais opposée à ces deux dénominations, elle doit avoir un sens spécial; elle désigne ces libéralités qui gratifient le donataire, sans qu'un bien du donateur soit devenu bien du donataire : par exemple, le conjoint a payé les dettes de son conjoint, il a imposé dans une convention avec les tiers une charge en faveur de son époux, il a renoncé à une libéralité quand son époux lui était substitué vulgairement : dans ces hypothèses il y a libéralité, mais l'époux gratifié ne reçoit pas immédiatement la chose du donataire, et cependant on n'a cherché à dissimuler ni la nature de l'acte ni la personne du donataire; voilà ce qui établit une distinction profonde entre ces libéralités et celles déguisées ou faites par personnes interposées; voilà ce qui explique parfaitement pourquoi ces libéralités sont frappées moins sévèrement que celles qui tendent à se cacher. Ces dernières, en effet, semblent faites dans un but de fraude à la loi; un grand nombre d'entre elles peuvent échapper aux prohibitions législatives si les parties et la justice ne parviennent pas à découvrir leur caractère; il est utile qu'une sanction rigoureuse menace ceux qui sont tentés de commettre ces fraudes, et qu'ils ne soient pas seulement traités quand la fraude est découverte comme s'ils avaient agi légalement et loyalement, si

bien qu'ils auraient la chance d'échapper à la loi si la dissimulation n'est pas prouvée, sans courir aucun danger quand la fraude serait découverte. Ces raisons, qui auraient pu entraîner la nullité des donations déguisées en général, militent plus énergiquement encore quand il s'agit des conjoints dont la loi redoute toujours l'influence mutuelle, aussi le législateur a pu, sans inconséquence, prononcer ici une nullité dont il n'a pas fait, au moins expressément, une règle générale des donations.

Au contraire, il est des libéralités qui, sans revêtir les formes ordinaires des donations, ne cachent pas leur caractère sous des apparences mensongères; celles-là ne méritent pas au même degré l'animadversion du législateur. Elles doivent être réduites dans les limites de la quotité disponible comme toutes les donations excessives, mais le fait même qu'elles dépassent la quotité permise ne peut les rendre suspectes de fraude, parce qu'il n'est pas extraordinaire qu'un donateur se trompe sur ce qu'il peut donner, puisque ce chiffre ne peut être déterminé qu'à sa mort, et dépend des vicissitudes subies par sa fortune jusqu'au dernier moment de sa vie. Dans la classe des donations non suspectes de fraude parce qu'elles conservent une apparence conforme à leur nature, la loi elle-même a placé les avantages résultant de certaines conventions matrimoniales, aussi s'est-elle contentée de les soumettre à l'action en réduction (v. art. 1496 et 1527), par application du premier alinéa de l'article 1099 (1).

279 *bis*. II. Les donations déguisées ou faites par personnes interposées sont nulles. Reste à déterminer si elles sont nulles seulement quand elles dépassent le disponible, et pour l'excédant de ce disponible, et quelles sont les personnes qui peuvent invoquer cette nullité.

Restreindre l'application de l'article 1099, deuxième alinéa, aux donations qui excèdent le disponible, c'est d'abord distinguer où le texte ne distingue pas, et c'est faire dépendre le sort de la donation d'un hasard que les parties n'ont pas pu prévoir. Selon que la fortune du donateur aura augmenté ou diminué, la libéralité sera valable ou nulle, et cependant, si l'article a son fondement

(1) V. C. c. rej. 29 mai 1838; Dev., 1838-1-481. — C. I. Caen, 30 avril 1853; Dev., 1853-2-699. — C. c. cass., 2 mai 1855; Dev., 1856-1-178.

dans une légitime suspicion contre les donations déguisées faites entre époux, cette augmentation ou cette diminution du patrimoine doit être sans influence. La dissimulation du caractère de la donation ou de la personne du donataire véritable, doit toujours entraîner la nullité de l'acte, parce qu'elle doit toujours avoir eu pour but d'éluder les règles de la loi. La conséquence nécessaire de cette solution, et des motifs que nous avons attribués à l'article, est que la donation est nulle pour le tout et non pas seulement pour la fraction qui excède le disponible, sinon il y aurait, comme nous l'avons dit, tout à gagner et rien à perdre en tentant la fraude que la loi veut frapper.

279 *bis*. III. Si la loi prononce la nullité de ces donations, et si cette nullité est tout autre chose que la réductibilité, il faut reconnaître que le droit d'invoquer cette nullité n'appartient pas exclusivement aux personnes qui pourraient demander la réduction, c'est-à-dire aux héritiers à réserve. Par conséquent, les héritiers non réservataires et le donateur lui-même auraient le droit d'invoquer cette nullité. La question n'est pas simplement une question de réserve et de réduction, il y a là une règle de forme à laquelle la loi attache expressément la sanction de la nullité, et dont la violation peut être par conséquent invoquée par tous ceux qui ont intérêt à l'observation des formalités prescrites en matière de donation.

280. La loi établit même ici, comme pour les cas d'incapacité (v. art. 911), une présomption d'interposition, présomption plus restreinte à certains égards, mais plus étendue à certains autres, que dans les cas ordinaires. Ainsi les enfants du nouvel époux ne sont réputés interposés qu'autant qu'ils ne sont pas en même temps les enfants du donateur. Mais, d'un autre côté, la présomption d'interposition n'est pas bornée aux père et mère, elle comprend toute personne dont le conjoint serait héritier présomptif, sans distinguer si cette qualité se réalise ou non par la survie. V. art. 1100.

281. Les articles 1094 et 1098 établissant, comme nous l'avons vu, à l'égard du conjoint, une quotité disponible particulière, tantôt supérieure et tantôt inférieure à la quotité disponible ordinaire, la combinaison de ces diverses règles

présentera souvent de graves difficultés, sur lesquelles le législateur ne s'est pas expliqué.

281 *bis*. I. Malgré le silence du législateur, il est un point constant, c'est que les deux quotités disponibles ne peuvent être cumulées, que l'époux ne peut recevoir le disponible déterminé par les articles 1094 et 1098, et un étranger ou un enfant le disponible ordinaire fixé par l'article 913 ou l'article 915. Le cumul de ces deux quotités disponibles conduirait toujours à l'anéantissement presque complet de la réserve, et quelquefois à des résultats mathématiquement impossibles. *Exemples :* Le défunt laisse un enfant. Si on ajoute à la moitié, qui est disponible en vertu de l'article 913, un quart en propriété et un quart en usufruit, disponibles en vertu de l'article 1094, il ne reste plus pour la réserve de l'enfant qu'un quart en nue propriété. Ou bien, quand le défunt laisse un ascendant, si on cumule trois quarts, disponibles en vertu de l'article 915, avec trois quarts en propriété et un quart en usufruit, disponible fixé par l'article 1094, on se trouve dans la nécessité de diviser *un entier* en sept quarts. La pensée de la loi n'est donc pas, tout le monde le reconnaît, de créer en faveur de l'époux une quotité disponible s'ajoutant à la quotité disponible ordinaire, mais de poser une règle qui doit s'appliquer concurremment avec la règle générale, par une combinaison dont il nous faut maintenant découvrir la formule.

281 *bis*. II. Dès qu'on repousse le cumul des deux disponibles, on est conduit nécessairement à ce résultat que les dispositions ne peuvent dépasser la plus considérable des deux quotités disponibles. Mais telle n'est pas la règle unique, un autre principe est encore hors de toute contestation : Le donateur ne peut pas répartir, comme il l'entend, le disponible le plus élevé entre les différents donataires : chacun d'eux ne peut rien recevoir au delà du disponible spécialement déterminé par rapport à lui. Ainsi, quand le donateur a un enfant d'un premier lit et un époux du deuxième lit, le *maximum* du disponible est de la moitié, en vertu de l'article 913. Mais l'époux ne peut pas recevoir tout ce qu'il plaît au donateur dans les limites de ce *maximum,* par exemple un tiers, tandis qu'un étranger recevrait le complément de la moitié, c'est-à-dire un sixième; la plus forte quotité disponible ne serait pas dé-

passée, mais l'époux recevrait une libéralité dépassant le disponible spécial qui lui est attribué par l'article 1098. — *Autre exemple :* Le donateur a trois enfants de son conjoint qui lui survit. Le disponible le plus considérable est celui fixé par l'article 1094, un quart en propriété, un quart en usufruit. Un étranger ne pourrait pas recevoir un quart en propriété et un huitième en usufruit, le conjoint ne recevant que le complément, un huitième en usufruit, parce que l'étranger recevrait un don excédant le disponible réglé à son égard par l'article 913.

Voici donc deux principes incontestables et incontestés :

1° Le montant cumulé des dons ne peut pas dépasser le disponible le plus considérable;

2° Chaque donataire ne peut rien recevoir au delà du disponible qui le concerne spécialement.

281 *bis.* III. Ces deux règles suffiraient pour régir la matière, et trancher toutes les difficultés qui peuvent se présenter sur la détermination de la quotité disponible. Mais des auteurs et la jurisprudence de la Cour de cassation en ont consacré une troisième, qu'il faut examiner. Elle consiste à se préoccuper de l'ordre des libéralités, et à n'autoriser la disposition de la quotité la plus considérable, qu'autant que la donation faite au donataire qui jouit du plus fort disponible, n'est pas antérieure en date à celle faite au donataire en faveur duquel le disponible est moins considérable.

Pour comprendre la portée de cette troisième règle et pour en apprécier la valeur, il est nécessaire d'examiner successivement trois hypothèses différentes : 1° La première donation est faite au donataire qui jouissait du disponible le moins considérable; 2° la première donation est faite, au contraire, à celui qui jouissait du plus fort disponible; 3° les deux libéralités sont concomitantes.

281 *bis.* IV. 1° Quand le second donataire est précisément celui en faveur duquel le disponible était le plus important, il n'y a pas de difficulté, les deux principes que nous avons posés suffisent, et le disposant peut atteindre le plus fort disponible, à la condition d'attribuer exclusivement au second donataire au moins toute la différence entre les deux quotités disponibles. *Exemples :* Le donateur a trois enfants, il a donné d'abord un quart à un étranger ou à un enfant, il donne plus tard au conjoint un quart en usufruit; ou bien il a un enfant, et il a d'abord donné à son conjoint un

quart en propriété et un quart en usufruit, plus tard à un étranger ou à un enfant un quart de nue propriété.

Tous les auteurs reconnaissent que cette répartition des deux disponibles est licite, puisque le plus faible disponible étant épuisé, le supplément, la différence entre les deux quotités, est attribué à celui des deux donataires que la loi a le plus favorisé (1).

281 *bis*. V. 2° Mais des difficultés plus graves s'élèvent dans la seconde hypothèse, et ont donné naissance à de profondes dissidences entre les auteurs et les tribunaux eux-mêmes, car un grand nombre de Cours ont longtemps résisté à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Les faits qu'il faut supposer sont ceux-ci : la première donation qui épuise le disponible le plus faible, est faite au profit du donataire qui pouvait recevoir le disponible le plus fort, et le second donataire est par conséquent celui qui n'eût pu recevoir que la plus faible quotité. *Exemples :* Le donateur a trois enfants, il donne d'abord à son conjoint un quart en pleine propriété, plus tard il donne à un enfant ou à un étranger un quart en usufruit. Ou bien, il a un enfant, il donne à un étranger un quart en propriété et un quart en usufruit, plus tard à son conjoint un quart en nue propriété. Enfin, le donateur a quatre enfants du premier lit, il donne d'abord à un étranger un cinquième, plus tard, au second époux, la différence entre un cinquième et un quart, soit un vingtième.

Dans ces diverses espèces, les héritiers à réserve ne sont pas dépouillés d'une portion plus considérable que celle dont ils auraient pu, de l'avis de tous, être privés si on avait renversé l'ordre des donations, et cette considération, en montrant que le donateur est resté dans les limites tracées par la loi, milite fortement contre la réduction de la seconde libéralité. Cependant on insiste vivement pour cette réduction, parce que, dit-on, la différence entre les deux quotités disponibles constitue, pour le donataire en faveur duquel cette différence existe, un avantage personnel, un droit propre, dont il n'est pas juste de faire profiter tout autre donataire. Que ce donataire, quand le plus faible disponible est épuisé, reçoive l'excédant, tel est, dit-on, le vœu de la loi; mais

(1) V. C. R. Toulouse, 20 juin 1820.

qu'il reçoive d'abord le plus faible disponible pour que le donateur attribue ensuite à une personne moins bien traitée par le législateur, un supplément qui n'est pas disponible en faveur de celle-ci, c'est méconnaître le vœu de la loi, la détourner du but qu'elle s'est proposé d'atteindre. On ajoute que l'intention même du disposant ne peut être d'imputer sa première donation sur le disponible le plus fort quand le plus faible suffit à sa libéralité actuelle, que la loi lui ouvre un crédit ordinaire et un crédit extraordinaire, et qu'il ne doit pas être supposé user du crédit extraordinaire avant d'avoir épuisé l'ordinaire; si bien que la première donation s'imputant par sa volonté même sur le crédit ordinaire, c'est-à-dire sur le plus faible disponible, le crédit extraordinaire n'est plus disponible au profit du second donataire, en faveur duquel il n'est point ouvert par la législation.

Il y a une première observation critique à faire sur ces deux raisonnements, c'est qu'ils supposent tous deux que la quotité la plus considérable est la quotité disponible exceptionnelle; le donateur a trois enfants et le disponible est réglé par l'article 1094, en sorte que le donataire enfant ou étranger n'a pu recevoir qu'un quart et l'époux aurait pu recevoir en outre un quart en usufruit. C'est à cette hypothèse, la seule qui ait donné lieu aux arrêts de la Cour de cassation depuis 1824 jusqu'en 1854, que peuvent s'appliquer les raisonnements que nous venons de reproduire. Dans ce cas seulement on peut présenter la différence entre les deux quotités disponibles comme une faveur spéciale, personnelle au conjoint, comme un crédit extraordinaire, sur lequel le donateur lui-même ne doit pas être facilement supposé avoir voulu imputer sa libéralité. Mais n'est-ce pas trop restreindre la question que de l'envisager sous ce seul point de vue? N'est-elle pas plus générale? Ne peut-il pas, au contraire, arriver que l'époux soit moins bien traité que l'étranger, soit par l'article 1098, soit par l'article 1094 lui-même? Et, dans ce cas, est-il possible, quand le premier donataire est précisément l'étranger, que la donation à lui faite égale le disponible spécial, d'écarter l'époux, en présentant la quotité fixée par le droit commun, comme un disponible de faveur réservé personnellement au premier donataire, comme un crédit extraordinaire, tandis que la quotité exceptionnelle serait le crédit ordinaire?

On n'a pas essayé d'aller jusque-là, parce que les arguments sur lesquels on s'est appuyé faisaient défaut dans ces hypothèses; et c'est, ce nous semble, une grave objection préalable contre le système, puisqu'il ne peut pas s'appliquer à tous les faits qu'il devrait logiquement régir.

Maintenant, si nous examinons le système, exclusivement dans l'hypothèse pour laquelle il est fait, c'est-à-dire dans le cas où le disponible en faveur de l'époux est le plus considérable, nous pensons que, même dans ce cas, il ne saurait être adopté. Des deux arguments sur lesquels il s'appuie, le second, celui qui allègue la volonté du disposant, qui présente le donateur comme calculant au moment de la donation sur quel disponible doit être imputée sa libéralité, cet argument doit être immédiatement écarté. Car, en droit, ce n'est pas dans la volonté du disposant qu'on doit chercher la solution des questions sur la quotité disponible, puisque les règles sur le disponible et la réserve sont directement édictées contre la volonté du disposant à laquelle elles apportent des entraves; et, secondement en fait, on méconnaît les tendances naturelles de la volonté de l'homme, quand on pense que, par un calcul quelconque, le disposant aura d'abord voulu épuiser le crédit ordinaire, et se lier les mains pour l'avenir; tandis qu'il est bien plus naturel de croire que s'il s'est livré à ces combinaisons de calcul, il aura bien plutôt voulu se réserver sa liberté d'action, en disposant d'abord du disponible exceptionnel. Mais, d'ailleurs, ces calculs sont bien souvent étrangers au disposant, il est même impossible de les supposer, quand au lieu de donner une quote-part de la propriété ou de l'usufruit, il a disposé d'une somme d'argent ou d'un bien déterminé. Alors le testateur a pu se tromper sur la valeur future de son patrimoine au jour de son décès, et ne pas croire qu'en gratifiant de telle valeur le premier donataire, il épuisait la quotité disponible même la moins considérable.

L'argument le plus fort en faveur du système que nous combattons est donc celui qui présente le second donataire comme profitant d'une faveur personnelle à l'époux quand il reçoit la différence entre les deux quotités disponibles. Mais cet argument n'est pas concluant, car l'article 1094 ne peut être considéré comme une disposition purement favorable à l'époux, puisqu'il est souvent restrictif par rapport à cet époux. On peut, d'ailleurs, con-

sidérer la solution que nous soutenons comme favorable à l'époux lui-même, car la crainte de détruire pour l'avenir la faculté de disposer, pourrait quelquefois paralyser les intentions libérales du conjoint. C'est de plus l'intérêt du donateur qu'on maintienne en sa faveur le disponible le plus considérable, qu'il puisse, après avoir gratifié son conjoint, récompenser ou punir ses enfants par une répartition éclairée du disponible; et, enfin, quand on se place au point de vue des héritiers à réserve, il est impossible d'apercevoir quel intérêt légitime ils peuvent avoir à ce que la donation faite au conjoint soit postérieure au lieu d'être antérieure à celle faite à l'étranger ou à l'enfant. Restent donc les articles qui permettent de donner un quart à l'étranger et un quart en usufruit, plus un quart en propriété au conjoint, articles que les libéralités sur lesquelles nous discutons n'ont pas violés, puisque la donation faite à chaque donataire est restée dans les limites du disponible qui lui est propre.

Notre conclusion est donc que le second donataire peut, dans les limites du disponible qui lui est propre, recevoir une libéralité qui, jointe à la première, n'excédera pas le disponible le plus élevé. Mais sur ce point une observation est nécessaire : il ne faut pas que sous l'apparence d'une libéralité restreinte aux limites fixées par l'article 1094, le second donataire reçoive une donation portant à la réserve une atteinte plus grande que la libéralité qu'on aurait pu faire à l'époux. Ainsi quand le conjoint a reçu un quart en pleine propriété, l'enfant ou l'étranger pourra bien recevoir un quart en usufruit; seulement cet usufruit devra être établi sur la tête du conjoint, et non sur celle du second donataire, soumis aux chances de vie et de mort du conjoint, et non du donataire. S'il en était autrement, les héritiers à réserve courraient la chance de voir un usufruit constitué sur une tête plus jeune, tandis que le législateur en autorisant la disposition du quart en usufruit en sus du disponible ordinaire, a dû nécessairement prendre en considération l'âge probable du conjoint (1).

(1) V. dans notre sens C. R. Lyon, 10 février 1836; Dev. 1836-2-177. — C. Agen, 30 juillet 1851 ; Dev., 1853-2-218. — Trib. de Lectoure, 7 juin 1850; Dev., 1853-2-219. — C. Toulouse, 24 juin 1852; Dev., 1852-2-496. — Mais V. en sens contraire, C. c., rejet 7 janvier 1824, C. c. cass., 27 décembre 1848 ; D 1849-1-80. — C. c. cass., 7 mars 1849; Dev., 1849-1-338. — C. c., rejet

281 *bis*. VI. 3° La donation faite au conjoint et celle faite à l'enfant ou à l'étranger sont concomitantes. Ce qui comprend les cas où elles sont contenues dans le même acte de donation entre-vifs ou dans le même testament, ou enfin dans deux testaments différents, puisque tous les testaments ont, au point de vue de la réduction, le même effet, quelles que soient leurs dates. Dans le système que nous avons exposé, il ne peut exister de doute sur cette hypothèse, et les donations doivent sans difficulté échapper à la réduction, pourvu qu'elles ne dépassent pas ensemble la quotité disponible la plus considérable, et que chaque donataire n'ait rien reçu au delà du disponible qui lui est spécial.

Chose remarquable, nous nous trouvons sur ce point d'accord avec les partisans de l'opinion que nous avons combattue dans l'hypothèse précédemment examinée, et avec la Cour de cassation elle-même. On a bien vu, en effet, qu'il était impossible de s'attacher à l'ordre de l'écriture, quand il s'agissait des libéralités faites dans le même acte, que cet ordre n'indiquait en rien les préférences du disposant, qu'il dépendait d'un hasard, que par conséquent les dispositions devaient être réputées faites dans le même moment, et que dès lors le disposant devait être considéré comme ayant eu l'intention d'user de la quotité disponible la plus élevée (1).

11 janvier 1853; Dev., 1853-1-65. — C. I. Toulouse, 23 novembre 1853; Dev., 1853-2-706. — C. I. Agen, 10 juillet 1854; Dev., 1854-2-448.

(1) V. C. c., rejet 9 novembre 1846; Dev., 1846-1-801. — C. c., rejet 20 décembre 1847; Dev., 1848-1-231, et le rapport de M. le conseiller Mesnard (dont quelques phrases semblent exprimer des regrets quant à la jurisprudence de la Cour sur les donations contenues dans des actes de dates différentes).

Des deux raisons sur lesquelles s'appuie la doctrine qui tient compte des dates des donations, l'arrêt de 1847 néglige la principale, celle qui considère l'époux comme jouissant d'une faveur personnelle qui ne permet pas de faire profiter l'autre donataire de l'excédant du disponible de l'article 1094 sur celui de l'article 913. La Cour s'appuie seulement sur l'intention du disposant pour établir la différence entre le cas où les donations sont concomitantes et celui où elles sont faites à des dates différentes. Nous avons déjà montré combien peu ce raisonnement devait avoir d'influence sur la solution, parce que la volonté doit être impuissante en pareille matière, et que, d'ailleurs, selon toute probabilité, dans un cas comme dans l'autre, le disposant, s'il connaissait la difficulté, entendrait se réserver la plus grande liberté, c'est-à-dire garder disponible la plus forte quotité. L'arrêt de 1846, au contraire, a traité l'autre face de la question, en déclarant que dans l'hypothèse sur laquelle il statue, le conjoint seul profite de l'extension apportée en sa faveur à la faculté de

281 *bis*. VII. La combinaison des règles ordinaires et des règles spéciales sur la quotité disponible ne donne pas lieu seulement à des difficultés quant au chiffre du disponible; elle rend encore délicate dans certains cas l'application des principes sur la réduction. S'il s'agit, en effet, de réduire des legs ou des donations faites par le même acte, la réduction proportionnelle de ces libéralités ne peut s'opérer facilement, puisqu'elles ne sont pas soumises toutes deux à la même mesure, que chacune d'elles, au contraire, doit subir la loi d'un *maximum* spécial. Cette hypothèse de libéralités simultanées est la seule, au reste, qui puisse faire naître cette difficulté. Quand il s'agit de donations faites à des dates différentes, la réduction portant d'abord sur la plus récente, le défaut d'une mesure commune ne peut aucunement entraver l'opération.

Supposons donc des legs qui dépassent le disponible le plus élevé, bien que chaque légataire n'ait rien reçu au delà du disponible qui lui est spécial. *Exemple :* Le testateur a trois enfants : il a légué à son conjoint et à un étranger chacun un quart en propriété; ou bien il a quatre enfants d'un premier mariage, et il a légué au second conjoint un sixième et à un étranger un autre sixième :

disposer. Qu'il nous soit permis de faire observer qu'il n'en est rien, que pour être conséquente la jurisprudence devrait, dans ce cas comme dans l'autre, traiter l'enfant ou l'étranger donataire comme si son codonataire n'était point un conjoint, et que dès lors c'est une grave objection contre la jurisprudence, que cette nécessité ou elle s'est trouvée de ne pas pousser sa doctrine jusqu'à ses dernières conséquences. Il est clair, en effet, que si l'extension du disponible est une faveur personnelle dont l'époux seul peut jouir, on ne doit pas dispenser de la réduction la libéralité faite à l'étranger, quand un testateur qui a trois enfants a légué une moitié en usufruit à son conjoint et un quart en nue propriété à un autre légataire. Ce dernier, s'il recueille tout son legs, profite de cette circonstance que son colégataire est un conjoint. Pour appliquer dans cette hypothèse la théorie de la jurisprudence sur le caractère tout personnel de l'extension apportée par l'article 1094 au disponible, il faudrait traiter le légataire comme s'il avait pour colégataire un autre que le conjoint, c'est-à-dire lui faire subir la même réduction proportionnelle que si le disponible étant d'un quart seulement, le testateur avait laissé une moitié en usufruit à son colégataire et un quart en nue propriété à lui-même. Toute combinaison qui laisse au légataire étranger la totalité de son legs dans l'espèce que nous venons de supposer, le traite mieux quand il a pour colégataire le conjoint que quand son colégataire est étranger : par conséquent le fait profiter indirectement de la faveur accordée à l'époux, et dès lors est en contradiction avec le système adopté quand il s'agit de régler le sort de deux donations entre-vifs successives.

total un tiers. D'après l'article 926, la réduction de legs excessifs doit être proportionnelle; mais pour arriver à cette réduction, il faut d'abord déterminer de combien l'ensemble des libéralités dépasse le disponible. Or, rien n'est plus simple dans les cas ordinaires, puisque la mesure du disponible est la même pour les deux légataires, mais ici chacun d'eux étant soumis à une règle différente, ce qui sera excessif par rapport à l'un d'eux ne le sera pas par rapport à l'autre, et réciproquement. Ainsi on ne peut pas se contenter d'une seule opération, qui, prenant pour base le plus fort disponible, ne réduirait l'ensemble des legs que de ce qui excède ce disponible; ce mode très-simple de procéder aurait l'inconvénient grave de traiter le légataire qui ne pouvait recevoir que le plus faible disponible comme s'il avait eu le même droit que son colégataire, en faveur duquel existe le disponible le plus élevé, et ce, au détriment de ce colégataire, qui recevrait en moins tout ce que le premier recevrait en trop.

Ainsi, dans le premier exemple que nous venons de donner, la quotité disponible la plus élevée est celle en faveur du conjoint : elle est d'un quart en propriété et un quart en usufruit : la quotité disponible ordinaire est seulement d'un quart en propriété. Les legs s'élevant à moitié en propriété, dépassent le plus fort disponible d'un quart en usufruit. Pour arriver à une réduction proportionnelle il est nécessaire d'évaluer en propriété ce que représente le quart d'usufruit; nous établirons bientôt qu'il n'y a pas, sur ce point, d'évaluation légale et nécessaire (V. ci-dessous IX); mais supposons qu'eu égard à l'âge du conjoint, l'usufruit représente la moitié de la valeur de la propriété; alors un quart en usufruit représentera un huitième en propriété, et l'ensemble des deux legs dépassera d'un huitième le disponible le plus fort. Il restera donc trois huitièmes à répartir entre les deux légataires, et comme dans l'espèce leurs legs étaient égaux, ils auront chacun la moitié des trois huitièmes, soit trois seizièmes; or le légataire étranger profite alors de ce que son colégataire est le conjoint, car si celui-ci était étranger comme lui, il n'obtiendrait que la moitié d'un quart, soit deux seizièmes. Le conjoint, au contraire, subirait une atteinte à ses droits légitimes, car il serait réduit proportionnellement avec l'étranger comme si celui-ci avait pu être gratifié d'une quotité disponible égale à celle qui pouvait lui être attribuée.

Dans la seconde hypothèse il en est de même : l'étranger pourrait recevoir un quart, tandis que le conjoint ne pourrait recevoir qu'un cinquième. Si, ne tenant pas compte de cette différence, on prend pour base unique le disponible d'un quart, les legs qui s'élèvent au tiers, soit quatre douzièmes, dépassent le disponible d'un douzième : les deux légataires ayant reçu des legs égaux auraient donc droit chacun à la moitié de trois douzièmes, soit trois vingt-quatrièmes; mais le conjoint profite, puisqu'il est traité comme un étranger qui aurait pu recevoir un quart, tandis qu'il ne pouvait recevoir qu'un cinquième, et au contraire l'étranger perd tout ce que le conjoint reçoit au delà de ce qui doit légitimement lui revenir.

281 *bis.* VIII. La quotité disponible la plus forte ne peut donc pas servir de base à la réduction, puisqu'elle n'est pas la mesure commune; il faut alors adopter pour base du calcul la quotité la plus faible qui est la mesure commune, sauf à faire ensuite une attribution supplémentaire au profit de celui qui pouvait recevoir la plus forte quotité, et qui souffrirait d'être réduit proportionnellement sur le pied de la plus faible.

Ainsi, dans les hypothèses sur lesquelles nous avons déjà raisonné, il faudrait réduire les deux legs dans les limites du plus faible disponible, puis attribuer exclusivement au légataire qui pouvait recevoir la plus forte quotité la différence entre les deux disponibles. Dans la première espèce, le plus faible disponible était d'un quart à répartir également entre les deux légataires, soit un huitième chacun, l'excédant de la plus forte quotité disponible sur le plus faible est d'un quart en usufruit, soit, d'après évaluation, un huitième qui doit être attribué au conjoint, qui recevrait par conséquent deux huitièmes, soit quatre seizièmes, tandis que d'après le calcul que nous réprouvons, il n'eût reçu que trois seizièmes. Dans la deuxième espèce, le plus faible disponible est un cinquième à partager également entre les légataires, soit un dixième chacun, puis le légataire étranger aura droit à tout l'excédant du plus fort disponible sur le plus faible, d'un quart ou cinq vingtièmes sur un cinquième ou quatre vingtièmes, soit un vingtième; il aura donc trois vingtièmes, tandis que d'après l'autre calcul il n'aurait obtenu que trois vingt-quatrièmes.

281 *bis.* IX. Quand il s'agit de comparer les quotités disponibles

fixées par les articles 913 et 1094, on trouve dans ce dernier article un élément du disponible déterminé en usufruit, et les calculs que nous venons de faire deviennent impossibles, si on ne s'est pas au préalable fixé sur la valeur de l'usufruit évalué en propriété, car la seconde quotité disponible est toujours fixée en propriété. De même quand il faut réduire plusieurs donataires ou légataires, dont l'un a reçu une libéralité en usufruit, il est impossible soit de trouver ce qui reste disponible après que le premier donataire a prélevé son usufruit, soit de faire une réduction proportionnelle des legs, sans avoir déterminé la valeur de l'usufruit donné ou légué. Le Code Napoléon n'a pas donné l'évaluation légale de l'usufruit comparé à la propriété; il est vrai que la loi fiscale du 22 frimaire an VII, article 14, n°s 5, 7 et 8, fixe invariablement, sans tenir compte des circonstances, la valeur de l'usufruit à la moitié de la valeur de la propriété. Mais cette règle, établie dans l'intérêt de la perception des droits fiscaux, ne saurait avoir d'influence sur une matière toute civile. Il est clair, en effet, que l'âge du conjoint donataire, que la nature des biens laissés par le défunt doivent être pris en grande considération quand il s'agira de déterminer la valeur de l'usufruit. Les tribunaux doivent être maîtres de cette appréciation dans le silence de la loi; aussi, bien qu'en fait, de nombreux arrêts aient adopté l'évaluation de la loi de frimaire, on n'en trouve pas un grand nombre qui aient prétendu que les juges fussent liés par les dispositions de cette loi, au contraire la Cour de cassation a reconnu plusieurs fois que les tribunaux auraient pu adopter une autre base de calcul (1).

(1) V. C. c. cass., 24 juillet 1839; Dev., 1839-1-633. — C. c. cass., 27 décembre 1848; Dev., 1849-1-80. — C. c. cass., 7 mars 1849; Dev., 1849-1-338.

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DEUXIÈME.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.


a39003 008534900b


DATE DUE
CAT. NO. 1137

